

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE LA
CONCURRENCE DÉLOYALE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le vendredi 7 juin 1895, à 1 heure

Par **René BARBIER**

Avocat à la Cour d'appel de Paris

Ancien secrétaire de la conférence des avocats (1892-1893)

(Prix Paillet 1893)

Président : M. LYON-CAEN, professeur.

*Suffragants : { MM. RENAULT, { professeurs.
 CHAVEGRIN, {*

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront posées sur les autres matières de l'enseignement.

PARIS

CHEVALIER-MARESCQ ET C^{ie}, ÉDITEURS

20, RUE SOUFFLOT, 20

1895

Thèse Paris
1895.

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE LA
CONCURRENCE DÉLOYALE

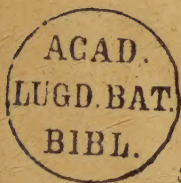
THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le vendredi 7 juin 1895, à 1 heure

Par **René BARBIER**

Avocat à la Cour d'appel de Paris
Ancien secrétaire de la conférence des avocats (1892-1893)
(Prix Paillet 1893)



Président : M. LYON-CAEN, professeur.

Suffragants : { MM. RENAULT, CHAVEGRIN, { professeurs.

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront posées sur les autres matières de l'enseignement.

PARIS

CHEVALIER-MARESCQ ET C^{ie}, ÉDITEURS

20, RUE SOUFFLOT, 20

—
1895

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

DE LA

CONCURRENCE DÉLOYALE

CHAPITRE PREMIER

INTRODUCTION

1. Rôle de la concurrence déloyale. — 2. La concurrence déloyale dans l'ancien droit. Historique des corporations. — 3. Esprit des corporations. — 4. Développement de la publicité. — 5. Faits de concurrence déloyale dans l'ancien droit.

I. — Que ce soit un droit pour tout commerçant d'essayer de développer sa clientèle, c'est là une proposition évidente qui se passe de toute justification.

La qualité des produits, la rapidité dans l'exécution des commandes, la facilité des rapports commerciaux, retiennent les personnes que les circonstances ont mises en relations d'affaires avec une maison. Une publicité honnête et légitime peut faire connaître les sacrifices consentis et les résultats obtenus. Les années enfin viennent ajouter cette garantie que seule peut donner

l'épreuve du temps et qui établit d'une façon définitive le renom de solvabilité et de probité d'un commerçant.

Arriver ainsi au succès, est honorable, certes, mais lent et laborieux. Certains sont pressés d'y atteindre et ne regardent pas aux moyens.

Bien que l'achalandage soit un des éléments du fonds de commerce, le lien créé entre un commerçant et sa clientèle, même au prix des plus grands efforts, reste lâche et flottant, toujours prêt à se rompre, à la merci, soit de l'intérêt ou de la fantaisie de l'acheteur, soit de la vogue ou de la supériorité du concurrent. Un dommage sera causé au commerçant délaissé, mais c'est là un des aléas du commerce ; il rentre dans les prévisions de tout commerçant et l'intérêt général veut qu'il en soit ainsi. Même aux époques où le commerce fut le plus étroitement réglementé, on diminua la concurrence en la localisant, on ne la supprima jamais.

Mais la justification de la concurrence suppose sa loyauté, sinon le succès est, non pas au plus habile, mais au moins scrupuleux et le consommateur lui-même par contre-coup est lésé.

Diminuer la clientèle d'un concurrent — indirectement — en se donnant des titres ou des qualités que l'on ne possède pas ; — directement — en dénigrant ses produits ; mieux que cela se l'approprier au bénéfice d'une confusion habilement ménagée, voilà des actes qui froissent l'idée de justice et à la répression desquels tout le monde est intéressé ; ce sont des actes de concurrence déloyale.

La concurrence déloyale doit être aussi vieille que le commerce, mais c'est dans ces dernières années seule-

ment qu'elle a pris ce développement qui a fixé sur elle l'attention des jurisconsultes. On aurait tort de vouloir l'expliquer uniquement par l'essor des transactions commerciales au cours de ce siècle. Parmi les véritables raisons qui l'ont déterminée, il faut placer au premier rang les modifications apportées dans l'organisation juridique et économique de l'industrie et du commerce.

2. — Si nous jetons un regard en arrière ce qui frappe d'abord notre esprit habitué à voir en ces matières régner la liberté c'est la réglementation des métiers.

Ce serait une erreur de croire que la royauté, qui devait si minutieusement les organiser, les ait créés par un acte d'autorité.

Leur origine, sûrement très ancienne, se trouve très probablement sans véritable solution de continuité dans les anciennes corporations romaines. Deux des documents les plus anciens que nous possédions, deux chartes, l'une de 1162, l'autre de 1170, confirment des coutumes en les qualifiant d'anciennes. En tout cas, c'était dans l'état social d'alors le régime nécessaire du commerce puisque nous trouvons les corporations établies en Angleterre, en Allemagne et en Italie (1).

La réglementation commence avec Saint Louis. Le roi en eut l'initiative et il confia la réalisation de son dessein à Estienne Boileau, prévôt des marchands « un grand sage homme qui fut bon justicier » comme dit Joinville. Il expose très clairement son but dès les premières lignes

1. DEPPING. *Règlements sur les arts et métiers de Paris*, p. 2.

de ses *Registres des mestiers et marchandises de la ville de Paris*.

« Notre intention est à éclairer... tous les mestiers de Paris, leur ordenances, la manière des entrepresures de chascun mestier et leurs amendes. »

Et passant en revue dans une suite de cent chapitres toutes les professions, il exécuta ponctuellement le programme qu'il s'était tracé. Notons en passant que dans son œuvre se trouvent réunis et confondus deux ordres d'idées qui depuis furent le plus souvent envisagés séparément, l'organisation des corporations d'une part, et la réglementation de la fabrication de l'autre.

Dès lors l'organisation des corporations va se continuer sans trêve jusqu'à Henri III qui l'achève par son édit de 1581. Rapprochée du développement général des institutions, son œuvre n'est ici qu'une application particulière de cet envahissement du pouvoir royal que l'on constate partout : il substitue dans les corporations son autorité aux vestiges des droits féodaux ou des franchises locales qui y subsistaient. En même temps qu'il réprime quelques abus, il étend le régime corporatif à tout le royaume et place toutes les corporations sous sa surveillance. L'édit d'Henri IV de 1597 n'est que la confirmation avec extension de celui de 1581. Ce dernier ne s'appliquait qu'aux artisans : le même régime s'appliquera désormais aux marchands.

Colbert fit pénétrer l'autorité royale dans les procédés de fabrication : c'est pour l'industrie des tissus que la réglementation royale fut la plus minutieuse et la plus sévère. Quatre grandes ordonnances de 1669 règlemen-

tèrent cette industrie dans toute l'étendue du royaume et l'on connaît le fameux arrêt du 24 décembre 1670 qui établit la sanction pénale de ces dispositions.

Dans les autres industries Colbert fut, il est vrai, moins minutieux et moins tyrannique : souvent même il procéda par voie de simples conseils. En tout cas, ses règlements — dont il assura l'observation par la création d'un corps d'inspecteurs des manufactures — étaient le résultat d'enquêtes sérieuses.

Au reste, cette ardeur à réglementer ne l'empêchait pas d'apercevoir certains vices des corporations et dans son *Testament politique* il s'élève contre « la rigueur qu'on tient dans la plupart des grandes villes du royaume pour recevoir un marchand ».

Turgot ne devait pas se contenter de timides récriminations. Appelé au contrôle général le 24 août 1774 il faisait rendre dès le commencement de 1776 six édits et parmi eux celui portant suppression des jurandes et des communautés d'arts et métiers. On sait les critiques qu'il souleva, l'appui éphémère du roi, le lit de justice qui le 12 mars 1776 ordonna l'enregistrement. Mais Louis XVI n'était pas roi à tenir longtemps tête à l'orage. Dès le lit de justice, il avait dit : « Si l'expérience fait connaître des inconvénients dans quelques-unes des dispositions que ces édits contiennent, j'aurai soin d'y remédier. » Le 12 mai 1776 Turgot sacrifié recevait l'ordre de se retirer, et au mois d'août, l'édit portant modification de l'édit de février 1776 venait détruire son œuvre. On renonçait, il est vrai, au régime de la liberté, sans cependant revenir complètement au régime de la réglementation forcée.

La législation nouvelle créait un régime mixte qui, à côté de six corps de métiers et de quarante quatre communautés réglementées, maintenait néanmoins la liberté pour certaines professions. L'édit du 5 mai 1779 admet deux catégories de fabrication, réglementée ou non : « Il sera désormais libre à tous fabricants et manufacturiers ou de suivre dans la fabrication de leurs étoffes telles dimensions ou combinaisons qu'ils jugeront à propos ou de s'assujettir à l'exécution des règlements. »

Enfin la révolution restaura en cette matière le principe de la liberté (loi du 2 mars 1791 et constitution des 13 août-14 septembre 1791), « Il n'y a plus ni jurandes, ni corporations de professions, arts et métiers. »

3. — Il faut maintenant essayer de dégager rapidement les traits distinctifs et permanents du régime corporatif. Pour être complet, il faudrait envisager la corporation à un triple point de vue : comme corps de métiers, comme confrérie, comme société d'assistance et de secours. Mais le premier point de vue seul doit nous retenir. Sans entrer ici dans la discussion sur le mérite des corporations, discussion dont on trouve facilement les éléments dans le préambule de Turgot d'une part et dans les remontrances de l'avocat général Seguier d'autre part, il est facile de voir que l'œuvre de la monarchie fut ici, comme en beaucoup d'autres points, de donner à quelques-uns à titre de privilège ce qui doit être un droit pour tous. De là ce lent envahissement qui se termine par la substitution de l'officier royal créé par Colbert aux consuls prud'hommes ou eswards librement nommés par les corporations pour assurer l'observation des règlements.

Mais c'est là une raison toute politique. Plus tard, on cherche à justifier économiquement l'état de choses que la royauté a créé pour son profit et on croit trouver cette justification dans cette idée : « Que chacun fasse son métier et rien que son métier afin de le faire bien ». Et tout le monde, dit-on, y trouvera son compte : le marchand qui a une situation bien établie, les concurrents qui n'ont rien à redouter de son initiative ; le consommateur qui peut en sûreté user de marchandises vérifiées.

C'est sous l'influence de ces idées qu'on arrive à fixer le nombre des maîtres, celui des apprentis, le temps de l'apprentissage, les procédés de fabrication et les conditions du travail.

Et maintenant pourquoi sous un tel régime la concurrence déloyale était elle-même moins à redouter que sous un régime de liberté ?

C'est d'abord que les marchands constitués en confrérie se connaissaient et se trouvaient un peu les uns vis-à-vis des autres dans ces rapports de dépendance que crée toujours l'habitude de se réunir pour discuter des intérêts communs.

C'est aussi que la concurrence déloyale est le plus souvent le fait de commerçants sans solvabilité, d'autant plus hardis dans leurs entreprises déloyales qu'ils n'ont rien à perdre et que sous le régime corporatif nul ne peut s'établir sans l'agrément de la corporation.

C'est enfin que sous ce régime la marchandise étant moins originale, la clientèle était plus personnelle. On va chez tel marchand plutôt que chez tel autre parce qu'on le connaît et contre un choix dicté par de semblables

motifs la concurrence déloyale est désarmée. Mais ceci se rattache à une véritable révolution dans les rapports entre commerçants et acheteurs, qui, plus que tout le reste, a servi au développement de la concurrence déloyale et dont il faut maintenant dire un mot.

4. — Sans doute autrefois il existait de grandes maisons de commerce mais alors elles ne vendaient pas directement aux consommateurs. Entre eux, s'interposaient toute une série d'intermédiaires et la clientèle à ces divers degrés restait avant tout personnelle. L'extrême facilité des communications a supprimé la plupart de ces intermédiaires et modifié cet état de choses. Comment se sont alors établis les rapports entre le commerçant et son acheteur ? Sur quoi ce dernier s'est-il désormais fondé pour savoir à qui faire ses commandes ? Sur la réclame. C'est par l'annonce, l'affiche et le prospectus que désormais le marchand va chercher sa clientèle.

Pour l'affiche et le prospectus il est plus facile de constater leur développement actuel que de marquer les étapes par où ils ont passé. Pour l'annonce la tâche est plus facile et comme elle est en définitive « le trait d'union le plus sûr, le plus commode, et l'application la plus rapide entre l'offre et la demande, entre le producteur et le consommateur (1) » il importe de constater rapidement les progrès successifs qu'elle a réalisés.

L'insertion régulière des annonces dans les journaux ne remonte guère qu'à la fin du premier empire. Leur

1. *La grande Encyclopédie* : V. Annonces.

nombre va en augmentant jusqu'en 1837, date à laquelle Emile de Girardin opéra une transformation complète du journalisme en basant précisément sa combinaison sur les recettes que pouvaient donner les annonces. Leur nombre devint dès lors si considérable que des administrations spéciales ne tardèrent pas à se créer pour les recueillir : la société Duvergier et C^{ie} fut la première : vers 1844 elle se constitua pour affermer ou mettre en régie les annonces de quatre des plus grands journaux de l'époque. Douée de l'organisation qui lui convenait une telle industrie ne pouvait que prospérer et aujourd'hui on évalue à plus de trente millions de francs les annonces que les commerçants et les industriels font imprimer dans les journaux.

Le développement des affiches et des prospectus a suivi une marche parallèle. Avec de tels moyens d'actions on comprend comment s'est élargi le rôle de la concurrence déloyale.

En voici un exemple : nous indiquerons bientôt que sous l'ancien régime la concurrence déloyale en matière d'enseigne existait déjà. Mais presque tous ceux qui connaissent l'enseigne connaissent aussi la maison dont il était par conséquent difficile de détourner la clientèle. On voit immédiatement que si l'enseigne n'est connue des clients que parce qu'elle figure en tête des affiches, des annonces ou des prospectus, le détournement de la clientèle sera bien plus facile et par conséquent l'usurpation d'enseigne plus lucrative.

Est-il besoin d'insister sur les facilités et sur l'efficacité que le développement de la publicité devait donner au

dénigrement ? Et il en est un peu de même dans toutes les branches de la concurrence déloyale.

5. — Il ne faut pourtant rien exagérer et bien réduite dans ses proportions il est vrai la concurrence déloyale existait avant la liberté du commerce et le développement de la publicité.

On en trouve la trace dans le *Registre des mestiers* même (titre 69 *des cuiseniers*).

Se aucune personne est devant estal ou fenestre de cuisenier pour marchander ou acheter des dits cuiseniers, si aucuns des autres cuiseniers l'appèledevant que l'on sait partiz de son gré de l'estal ou fenestre, si soit en la peine de V sol au Roy et 11 aus diz maistres.

Que nulz ne blasme la viande a un autre se elle est bonne, sur peine de V. S. d'amende.

Que nulz ne puist appeler marcont qui viengne pour accater, s'il n'est droit devant l'ostel celui qui apellera.

Les questions d'enseigne s'étaient déjà posées : M. Pouillet (1) cite les *Coutumes du Pays et Duché d'Anjou (1725)* où Dupineau prévoyait formellement l'usurpation d'enseigne.

« Quant aux marchands et artisans la doctrine est constante qu'ils ne peuvent prendre les enseignes... les uns des autres, quand même artificieusement on les déguiserait par quelque addition, le corps principal demeurant. Ainsi, fut-il jugé, dit Marnac, au profit de celui qui avait le cœur pour enseigne contre celui qui leva le cœur navré ajoutant une flèche. »

1. POUILLET. *Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale*, n° 1.

Et Merlin rappelle la même doctrine.

« Un marchand ni un cabaretier ne peuvent pas prendre pour enseigne la même figure que celle qui se trouve dans une autre enseigne établie antérieurement dans la même rue si c'est dans une grande ville ou dans la même ville ou bourg. C'est ce que le Parlement de Paris a jugé par arrêt rendu le 12 août 1648 entre les nommés Greland et Aumont, marchands épiciers, à Paris, rue de la Harpe. »

Mais la grande question qui souleva les plus gros procès du moyen-âge ne peut plus exister aujourd'hui sous le régime de la liberté du commerce : c'était celle de la délimitation des professions : chaussiers contre fripiers, drapiers contre teinturiers, oyers-rôtisseurs contre poulailliers et cuisiniers ; les merciers notamment étaient toujours en procès, tantôt contre les gantiers, tantôt contre les bonnetiers, tantôt contre les chapeliers.

C'était à propos de faits de concurrence déloyale que naissaient ces difficultés, mais on le voit dans des hypothèses tout-à-fait différentes de celles qui vont maintenant nous occuper.

CHAPITRE II

DÉFINITION ET PLAN.

1. Définition de la concurrence déloyale. — 2. La concurrence. — 3. La déloyauté. — 4. Systèmes de répression de la concurrence déloyale. — 5. Concurrence déloyale reprimée pénalement. Art. 419. — 6. Protection pénale du concurrent. — 7. Protection pénale du consommateur. — 8. Concurrence déloyale contractuelle. — 9. Plan et divisions.

1. — Les résultats de l'activité humaine dans le domaine du commerce et de l'industrie sont protégés par deux ordres de dispositions légales : Les découvertes, les inventions, les combinaisons de lignes ou de couleurs sont régies par les lois sur les brevets d'invention des 5-8 juillet 1844 et sur les dessins et modèles de fabrique du 18 mars 1806. Ici ce sont les résultats immédiats de l'activité humaine qui sont protégés et si le mot de propriété peut être employé en cette matière — ce qui est contestable — c'est ici que se rencontre la propriété industrielle du travail.

Mais à côté de ces résultats directs du travail, limités, du reste, par leur nature même, à de rares catégories d'industriels et de commerçants, l'activité de toute personne se livrant au commerce ou à l'industrie en produit d'autres, plus lointains, qui sont la suite et la récompense de la continuité

et de la persévérance des efforts. Par eux s'acquiert la réputation et par la réputation la clientèle. Les lois et la jurisprudence ont armé le commerçant pour défendre ce résultat de son travail et de son honnêteté contre les agissements de ceux qui tendraient de l'en priver. A côté des dispositions sur la propriété industrielle, on rencontre celles dirigées contre la concurrence déloyale au sens large du mot en y comprenant les lois sur les noms et sur les marques.

Mais s'il est facile de fixer ainsi la place de la concurrence déloyale dans le droit, il est moins facile d'en donner une définition précise.

M. Pouillet (1) donne bien une idée exacte de ce qu'elle est, mais il ne formule pas une définition, lorsqu'il s'exprime ainsi :

« La concurrence déloyale, le mot lui-même l'indique, est celle qui emploie des moyens détournés, frauduleux, des menées que la droiture et l'honnêteté réprouvent; ses armes sont innombrables, souvent ingénieuses, toujours perfides; sa forme est parfois presque insaisissable, et c'est même là pour de certains commerçants qu'est l'habileté. On l'a dit avec raison : la concurrence déloyale est un véritable Protée. »

Ce n'est pas là une définition : on semble même rencontrer dans ces lignes l'aveu de l'auteur qui, découragé devant la multiplicité des manifestations de la concurrence déloyale, renonce à trouver une définition qui les enferme toutes.

1. M. Pouillet. *Introduction*.

M. Bert (1) est plus précis. D'après, dit-il, MM. Lyon-Caen et Renault, on peut définir faits de concurrence déloyale ceux à l'aide desquels un industriel cherche à attirer frauduleusement la clientèle d'autrui. Nous croyons cette définition exacte. Mais elle appelle naturellement quelques commentaires.

2. — Et tout d'abord qu'est-ce que la concurrence ? C'est, dit M. Coquelin (2), la compétition de deux ou plusieurs individus qui aspirent au même avantage et s'efforcent à l'envi de l'obtenir ».

1. BERT. *De la concurrence déloyale*, n. 49. Voici le passage d'où cet auteur a tiré sa définition. « Les lois qui prononcent des peines contre les contrefaçons des inventions brevetées, des dessins et des modèles de fabrique, contre l'usurpation des marques de fabrique ou du nom commercial sont loin de prévoir tous les faits à l'aide desquels une personne peut chercher à attirer frauduleusement la clientèle d'autrui. Ces faits sont d'une variété infinie. Quand ils ne sont pas réprimés par une loi spéciale, ils constituent sinon des délits correctionnels, du moins des délits civils pouvant donner lieu à une action en dommages-intérêts en vertu du principe général de l'article 1382 C. civ. Ce sont ces faits qui dans l'usage sont désignés sous le nom de faits de concurrence déloyale. » LYON-CAEN et RENAUT. *Précis de droit commercial*, t. II, n. 3343. M. Lyon-Caen donne du reste à peu près la même définition dans sa *Grande encyclopédie* au mot *concurrence déloyale* : « On désigne sous ce nom tout fait par lequel un commerçant cherche à l'aide de moyens frauduleux à attirer à soi tout ou partie de la clientèle d'un de ses concurrents, lorsque du moins ce fait n'est pas réprimé par la loi pénale. »

2. *Dictionnaire d'Economie politique.* •

Si on voulait adapter rigoureusement cette idée à notre matière, il faudrait dire que la concurrence commerciale est la rivalité ou l'émulation des commerçants s'efforçant d'établir le succès de leurs maisons. Et cependant il est préférable de s'en tenir à la notion qu'en donnent MM. Lyon-Caen et Renault, car le détournement de clientèle est tout à la fois le résultat visé par le commerçant et le signe extérieur qui permet de reconnaître la concurrence.

Or, tout détournement de clientèle cause un préjudice au commerçant délaissé. La prospérité de l'un sera le plus souvent échafaudée sur les ruines de l'autre. Le commerçant veut augmenter le cercle de ses affaires et l'étendue de sa clientèle. Mais cette clientèle presque toujours était déjà celle d'un concurrent. Celui-ci pour l'acquérir avait peut-être consenti des sacrifices ou bien il l'avait payé achetant l'achalandage avec le fonds.

Un dommage lui sera causé. Est-ce de ce dommage qu'il pourra demander réparation ? Non.

La concurrence en elle-même se justifie, à quelque point de vue qu'on l'envisage, soit au point de vue général où elle est utile et nécessaire, soit même au point de vue du commerçant délaissé à l'égard duquel elle est moins injuste qu'elle ne paraît au premier abord.

Au point de vue de l'utilité générale, la rivalité féconde qu'elle engendre est le grand agent du progrès industriel. M. Coquelin (1) montre très bien comment :
« Tous ces industriels, maîtres de leurs actions et res-

1. *Dictionnaire d'Économie Politique V. Concurrence.*

pensables de leurs œuvres, stimulés comme ils le sont par la concurrence incessante de leurs rivaux, s'ingénient à qui mieux mieux à simplifier le travail, à améliorer les méthodes, à perfectionner les procédés connus et à inventer des procédés nouveaux... C'est à qui surpassera ses rivaux par l'abondance et la fécondité de ses innovations. »

Mais il y a mieux : la concurrence est nécessaire, Montesquieu l'a dit : « c'est la concurrence qui met un juste prix aux marchandises. » On a peine à se faire une idée de la façon dont fonctionnerait la loi de l'offre et de la demande dans un état économique, d'où toute concurrence serait bannie.

Enfin ne faut-il pas convenir que lorsque le jeu de la concurrence cause un dommage au commerçant délaissé, celui-ci est le plus souvent l'auteur responsable du préjudice qu'il souffre. Le client est libre d'aller où bon lui semble. Il ira à celui qui vendra le meilleur marché, à celui qui fournira les meilleures denrées, au plus solvable, au plus affable. Il dépend de chaque commerçant de s'efforcer d'être celui-là. Sans doute en certains points, et notamment au point de vue du crédit, il y aura des inégalités, mais elles ne dépassent pas la moyenne des inégalités sociales. Sans doute encore il y aura la chance, la vogue, mais c'est l'aléa de toute entreprise. Ce sont là des exceptions. Dans les hypothèses normales, le véritable auteur du préjudice causé par la concurrence n'est pas celui dont l'activité a acquis la clientèle nouvelle, c'est celui dont l'apathie l'a laissé perdre.

Ainsi à quelque point de vue qu'on se place le domma-

ge causé par la concurrence est licite et ne saurait entraîner aucune responsabilité (1). L'idée de concurrence n'apparaît donc que pour délimiter le sujet à traiter.

3. — Ce qui est le principe des réparations à fournir c'est l'emploi de moyens frauduleux. Si je réussis à vendre en donnant à penser que je suis celui qu'en réalité l'acheteur abandonne, si j'acquiers une clientèle nouvelle en diffamant mon rival, ou bien en me donnant des titres que je n'ai pas, je commets une fraude, et c'est dans cette fraude que réside, avec la déloyauté, le principe des condamnations à des réparations pécuniaires que je pourrai encourir.

C'est bien une fraude, en effet, si l'on admet avec M. Larombière (2), que « dol se dit plus particulièrement des manœuvres commises de contractant à contractant et fraude de préjudice causé à des tiers par des actes faits de mauvaise foi en dehors de leur concours. »

Ce qu'il faut ici noter, c'est que la fraude envers le concurrent aura consisté dans les manœuvres commises envers l'acheteur. La déloyauté consiste à altérer non pas son consentement — le choix de ses fournisseurs est pour le consommateur un acte unilatéral — mais sa

1. « Toutes les industries sont libres en France et la concurrence n'a d'autres limites que celles qui lui sont imposées par la loyauté, la loi ou par des contrats particuliers. » Aix; 15 février 1882. PATAILLE. *Annales de la propriété industrielle* 32-32.

2. LAROMBIÈRE. *Théorie et Pratique des obligations*. Art. 1116, n° 4.

volonté. Et cela se conçoit de deux façons : ou bien elle est supprimée : c'est ce qui arrive quand les manœuvres ont pour but d'acquérir une clientèle sans que l'acheteur s'aperçoive qu'il la donne; ou elle est viciée : c'est ce qui arrive quand les manœuvres ont pour but d'obtenir la clientèle par l'allégation de faits faux ou dont la révélation est défendue par la loi.

Mais si exactes que peuvent être ces considérations il est impossible de les faire entrer dans une définition. Il faut donc s'en tenir à cette notion :

La concurrence déloyale est l'emploi par un commerçant de moyens frauduleux pour détourner à son profit la clientèle d'autrui.

4. — Et maintenant comment doit être réprimée la concurrence déloyale ?

Le principe étant la liberté, on pourrait concevoir que pour qu'une réparation quelconque soit encourue, un texte de loi soit nécessaire pour y déroger. Dans ce cas les faits de concurrence déloyale, ainsi placés hors de pair, seront nécessairement graves et le préjudice causé, presque toujours considérable : en tous cas, la fraude aura été organisée avec un degré de perversité tel que le législateur n'hésitera pas à considérer que ces faits sont de nature à troubler l'ordre et à les réprimer pénalement.

Mais on peut être découragé dans cette voie : c'est la nature même de la fraude de se glisser entre les écueils que le législateur sème sur sa route et d'autre part c'est le propre des législations pénales d'être *stricti juris* : la peine ne peut être prononcée que pour les cas exactement prévus. Les législations civiles sont généralement

plus souples : elles laissent un champ plus libre à l'appréciation du magistrat.

Notre législation industrielle, secondée par la jurisprudence, est une alliance heureuse de ces deux systèmes. Pour les faits les plus graves, et dont la répétition risquerait de troubler le marché et par là l'ordre public, la législation a créé des délits spéciaux et établi des peines. Le reste est soumis au principe général que pose l'article 1382, que chacun est responsable du préjudice que cause sa faute.

5. — Notre étude ne doit comprendre que la seconde de ces deux catégories. Pour la délimiter il nous faut donc passer rapidement en revue les faits expressément prévus par la loi pénale sur lesquels nous n'aurons plus par la suite à revenir que brièvement et par voie d'allusion.

Il faut tout d'abord mettre à part l'article 419 du Code pénal qui a pour objet la protection de la libre concurrence.

Il punit d'un emprisonnement d'un mois à un an et de 500 à 10.000 francs d'amende ceux qui par des voies et moyens frauduleux quelconques « auront opéré la hausse ou la baisse des prix des denrées ou marchandises, ou des papiers, ou des effets publics au-dessus ou au-dessous des prix qu'aurait déterminé la concurrence naturelle et libre du commerce ». Et l'article cite à titre d'exemples trois moyens de perpétration du délit : le fait d'avoir semé à dessein des bruits faux ou calomnieux ; les suroffres faites aux prix que demanderaient les vendeurs eux-mêmes ; la coalition ou la détention des principaux détenteurs.

Cet article appelle deux observations : la première, c'est qu'il est d'une très rare application encore qu'il y ait quelque peu d'exagération dans ce passage du rapport de M. Naquet sur la loi sur les marchés à terme (loi du 28 mars 1885) : « les dispositions aujourd'hui surannées de l'article 419 sont depuis longtemps tombées en désuétude », la seconde, et c'est par là que l'article 419 touche à notre sujet, c'est que s'il a été inspiré dans un but de protection sociale, et s'il est naturel que dans la plupart des cas la poursuite vienne du ministère public, cependant elle pourra être aussi l'œuvre des concurrents lésés par la coalition ou l'accaparement, « attendu, en droit, dit la Cour de Cassation dans un arrêt du 7 janvier 1837 (1), que l'article 419 ne protège pas seulement les intérêts généraux ou des masses qui ont eu à souffrir d'une coalition, mais aussi les intérêts privés qu'une coalition a eu pour objet de léser lorsqu'elle a produit la hausse ou la baisse des denrées ou des marchandises au-dessus ou au-dessous des prix qu'aurait déterminés la concurrence naturelle et libre du commerce, et lorsque cette hausse ou cette baisse ont été provoquées, soit par des faits faux ou calomnieux semés à dessein dans le public, soit par des moyens frauduleux. »

Quoiqu'il en soit, l'article 419 a été édicté plutôt dans un intérêt général. Tout autre est le caractère de la législation qu'il nous faut maintenant passer en revue. Son objet est la protection d'intérêts privés, la défense des commerçants lésés par la fraude de leurs concur-

1. SIREY, 1837-1-27.

rents. C'est à proprement parler, la législation pénale de la concurrence déloyale. Et quoique nous ne traitions pas cette partie du sujet qui à raison de son importance même nécessite une étude spéciale, nous aurons si souvent à y faire allusion qu'il convient de signaler ici les lois qui l'ont organisée en regrettant, avec M. Lyon-Caen (1), que cette législation n'ait pas plus de cohésion et n'apporte pas un système mieux ordonné dans la répression des délits qu'elle prévoit.

La loi du 28 juillet-4 août 1824 punit les altérations ou suppositions de noms dans les produits fabriqués d'un emprisonnement de trois mois au moins et d'un an au plus et d'une amende qui ne pourra ni dépasser le quart des restitutions et dommages-intérêts, ni descendre au-dessous de cinquante francs.

La loi du 23 juin 1857 punit la contrefaçon ou l'opposition frauduleuse d'une marque appartenant à autrui d'une amende de cinquante à trois mille francs et d'un emprisonnement de trois mois à trois ans, et l'imitation frauduleuse d'une amende de cinquante à deux mille et d'un emprisonnement d'un mois à un an.

La loi du 30 avril-12 mai 1886 punit d'une amende de cinquante à six mille francs et d'un emprisonnement de trois mois à deux ans, l'usurpation des médailles et récompenses industrielles : d'une amende de vingt-cinq à trois mille francs l'omission des indications légalement exigées dans l'indication des récompenses obtenues.

1. CH. LYON-CAEN. *Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, 1878.

On peut joindre à ces lois, dont le but direct est de réprimer la concurrence déloyale, les articles 29 et 32 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, qui répriment la diffamation et qui pourront atteindre le dénigrement lorsqu'il portera atteinte à la considération commerciale. Les peines seront alors d'un emprisonnement de cinq jours à six mois, et d'une amende de vingt-cinq à deux mille francs.

7. — En général, l'acheteur n'est pas protégé pénalement contre les entreprises du vendeur. On a très bien donné les raisons dans l'exposé des motifs de la loi de 1857 : « Le public ne doit pas être constamment traité comme un mineur et là où il peut faire ses affaires lui-même et où il peut se défendre contre le charlatanisme et contre la tromperie avec un peu d'attention et de vigilance, il n'est pas toujours nécessaire, et il n'est pas toujours prudent, de mettre à son service la loi pénale et le ministère public. »

A cette règle certaines exceptions ont dû être apportées à raison de la gravité même des fraudes commises. On peut mesurer cette gravité, soit à raison du tort que la fraude cause directement à l'acheteur dans le marché qu'il contracte, soit à raison des conséquences indirectes qu'elle peut avoir, notamment du danger qu'elle peut faire courir à la santé de ceux qui useraient des marchandises achetées. Le code s'était surtout placé au premier point de vue ; les lois postérieures ont surtout envisagé le second.

Sont punis d'un emprisonnement de trois mois au moins et d'un an au plus et d'une amende qui ne pourra excé-

der le quart des restitutions et dommages-intérêts, ni descendre au-dessous de cinquante francs, les auteurs de tromperie sur la quantité de la chose vendue, lorsqu'elle a lieu à l'aide de faux poids ou de fausses mesures (art. 423 C. Pénal), ou lorsqu'elle a lieu par des manœuvres ou procédés tendant à fausser l'opération du pesage, du mesurage ou à augmenter frauduleusement le poids ou le volume de la marchandise, même avant l'opération (§ 3, de l'art. 1, de la loi du 27 mars 1851).

La fraude sur la substance de la marchandise n'était réprimée par le Code Pénal que lorsqu'elle portait sur la nature de la chose vendue. Elle était frappée par l'art. 423 des mêmes peines que la tromperie sur la quantité. Ici encore l'art. 423 est resté la base de notre législation. Mais en certaines matières le législateur a voulu frapper la tromperie sur la qualité. C'est ce qu'ont fait notamment la loi du 27 mai 1851 lorsqu'il s'agit de matières alimentaires ou médicamenteuses, et la loi du 5 mai 1855, lorsqu'il s'agit de boissons.

La loi de 1857 contient aussi, dans son article 8, une disposition qui réprime la tromperie sur la nature de la marchandise. Elle punit d'une amende de 50 à 2000 fr. et d'un emprisonnement d'un mois à un an, ceux qui ont fait usage d'une marque portant des indications propres à tromper l'acheteur sur la nature des produits, et ceux qui ont sciemment vendu ou mis en vente un ou plusieurs produits revêtus d'une telle marque. Le but de cette disposition a été clairement indiqué dans l'exposé des motifs du projet de loi.

« L'article 423 Code pénal punit déjà les tromperies

sur la nature de la marchandise, mais il ne s'applique qu'à la tromperie réalisée. Il a paru juste d'aller plus loin et d'atteindre même la tentative de tromperie, lorsqu'elle a lieu par l'abus des faveurs mêmes qu'accorde la loi. »

Enfin les lois du 2 juillet 1867, 14 mars 1887, 4 février 1888, 14 août 1889, ont organisé un système de répression plus efficace contre les fraudes commises dans les commerces des engrais, des beurres et des vins, en imposant notamment aux vendeurs le système de la facture ou de l'étiquette obligatoires.

Il n'est pas douteux que dans toutes ces hypothèses l'acheteur lésé peut poursuivre et se porter partie civile. Mais en est-il de même du concurrent ? Il est incontestable qu'un dommage peut lui être causé et, notamment, qu'en ne donnant pas la qualité ou la quantité de la chose demandée, le vendeur qui fraude peut offrir sa marchandise à un prix auquel ne peuvent descendre ses concurrents plus consciencieux : par ce bon marché apparent, il peut détourner leur clientèle. Ses concurrents pourront-ils se porter parties civiles et réclamer des dommages-intérêts devant le tribunal correctionnel saisi d'une action en tromperie sur la quantité ou la qualité de la chose vendue ? La Cour de Cassation appelée à trancher la question s'est prononcée pour la négative (Arrêt du 21 mai 1874) (1), « attendu, d'une part, qu'aux termes des articles 1^{er} et 63 du C. d'I. C., un intérêt direct peut seul servir de base à une intervention civile devant les juri-

1. PATAILLE, 74-452.

dictions répressives ; — que c'est en cela que la plainte diffère de la simple dénonciation ; — attendu que les demandeurs qui ne prétendent pas avoir acheté de l'engrais de Dechaille ne peuvent avoir été lésés par les fraudes dont celui-ci se serait rendu coupable en vendant son produit à des tiers ; — que le dommage qu'ils auraient pu souffrir de ce délit, à raison de la déloyale concurrence que leur aurait fait l'intervenant au pourvoi, ne serait qu'un dommage indirect. »

La Cour d'Orléans n'avait pas hésité antérieurement à affirmer une opinion diamétralement opposée (arrêt du 30 avril 1851) (1), « attendu que l'article 1^{er} C. d'I. C. dispose que l'action en réparation du dommage causé par un délit peut être exercé par celui qui en a souffert ; — qu'il importe peu que le préjudice dont se plaignent les frères Velten soit autre que celui qu'éprouvent les acheteurs ; — qu'il suffit que la tromperie dont ils se plaignent ait préjudicié à leurs intérêts ; — que sur ce point il n'est pas douteux que leur industrie ne reçoive une grave atteinte par la concurrence que lui fait la vente des pâtes de farine granulées sous le nom que porte les produits de leur famille ; — qu'en poursuivant cette fraude, ils agissent tant dans leur propre intérêt commercial que dans l'intérêt général, et que leur droit de poursuivre les prévenus devant la juridiction correctionnelle est donc parfaitement établi. »

Nous nous rangeons sans hésitation au système de la

1. DALLOZ. *Jurisprudence générale. Recueil périodique*, 53, 2, 35.

Cour d'Orléans. La Cour de Cassation prétend que les articles 1^{er} et 63 exigent un intérêt direct pour servir de base à une intervention civile devant les tribunaux répressifs. Que disent ces articles?

Art. 1^{er}. — L'action en réparation du dommage causé par un crime, par un délit ou par une contravention, peut être exercée par tous ceux qui ont souffert de ces dommages.

Art. 63. — Toute personne qui se prétendra lésée par un crime ou délit pourra en rendre plainte et se constituer partie civile.

Ces articles sont aussi généraux qu'il est possible, puisqu'ils comprennent tous ceux qui ont souffert du délit, sans distinguer suivant que le dommage est direct ou indirect. Quant à la différence qui sépare la plainte de la dénonciation, elle n'est pas où la Cour de Cassation croit la trouver : la Cour pose en principe que pour rendre plainte, il faut un intérêt direct, tandis que pour faire une dénonciation, un intérêt indirect suffirait. Le simple rapprochement des articles 30 et 31 d'une part, 1^{er} et 63 de l'autre démontre que la différence consiste en ce que un intérêt est nécessaire pour faire une plainte et que cette condition n'est pas exigée de celui qui fait une simple dénonciation. La doctrine de la Cour de Cassation nous paraît donc inacceptable.

Quoiqu'il en soit, il importe de bien préciser que même si on admettait la doctrine de l'arrêt précité, il n'en résulterait pas que les faits constituant délits de tromperie sur la marchandise vendue ne pourraient pas être considérés comme des actes de concurrence déloyale. La seule con-

séquence à tirer de cet arrêt serait que les réparations pécuniaires ne pourraient être demandées devant les juridictions répressives. Mais le même fait pourrait constituer l'élément illicite nécessaire à l'exercice devant les tribunaux civils d'une action fondée sur l'article 1382.

8. — Laissant de côté les faits de concurrence déloyale qui constituent en même temps des délits correctionnels, revenons aux faits qui entraînent seulement des réparations pécuniaires.

On a l'habitude d'envisager à un double point de vue la responsabilité civile dérivant de la concurrence déloyale suivant que la faute d'où elle dérive est délictuelle ou contractuelle. Mais à y regarder de près on aperçoit bien vite qu'il n'y a pas réellement de concurrence déloyale résultant de l'exécution des obligations et que la seule raison qui l'ait fait inventer, a été l'intérêt qu'avaient les auteurs à réunir pour les traiter un ensemble de matières que le défaut de lien juridique, le manque de théorie générale qui puisse les embrasser, n'empêchent pas de correspondre à des intérêts pratiques de même ordre.

Et en effet quels sont les faits qui constitueraient la concurrence déloyale contractuelle ? C'est surtout l'ouverture d'une nouvelle maison de commerce par celui qui a vendu son fonds ou la location par un propriétaire d'une boutique à un concurrent d'un de ses locataires antérieurs. Il est évident que si une personne s'interdit formellement par une stipulation explicite l'exploitation de tel commerce, ou si un propriétaire s'interdit dans les mêmes conditions de louer à telle catégorie de personne, et s'ils manquent à leurs engagements, il n'y a pas là d'autre déloyauté que

celle qui consiste à ne pas exécuter une obligation qu'on a contractée. Comment le caractère de ces faits pourrait-il être changé, parce qu'au lieu de se trouver en face d'une stipulation explicite, on se trouve en face de l'article 1626, qui, en disposant qu'en toute vente le vendeur est obligé de droit à garantir l'acquéreur de l'éviction qu'il souffre dans la totalité ou partie de l'objet vendu lui interdit par là même tout acte qui tendrait à priver l'acheteur « de partie des avantages sur lesquels il pouvait compter d'après la destination de la chose » (1) ou de l'article 1719, qui, en obligeant le bailleur à faire jouir paisiblement le premier de la chose louée, lui interdit peut-être de diminuer les avantages qu'il retire de sa location en donnant à un tiers les moyens de lui faire concurrence.

9. — Mais même, si on laisse de côté l'étude du dommage causé à un commerçant par l'inexécution des conventions qui sont intervenues entre lui et le vendeur du fonds qu'il exploite, le propriétaire de sa maison ou les ouvriers qu'il a employés, et d'autre part du dommage causé par des fraudes, qui par leur nature sont bien des faits de concurrence déloyale, mais qui, à raison de leur gravité, ont été réprimés pénalement, le champ que nous avons à parcourir reste assez vaste.

Si l'on veut classer méthodiquement les matières que nous aurons à passer en revue, on peut tout d'abord établir une grande distinction entre la concurrence déloyale qui s'attaque à une maison donnée et celle qui reste pour

1. AUBRY et RAU, *Cours de droit Civil*, t. IV, n. 355.

ainsi dire impersonnelle, le commerçant se contentant d'exalter ses mérites ou ceux de ses marchandises.

La première est de beaucoup la plus fréquente, et on conçoit facilement qu'elle se manifeste dans deux ordres d'hypothèses bien distinctes suivant la situation des maisons rivales : une maison sans aucune notoriété se trouve en face d'une maison en pleine possession de la confiance du public ; si elle veut agir déloyalement, elle essayera, en établissant une confusion, de s'emparer d'une confiance que l'acheteur n'a pas en elle. Et comme ces fraudes sont fréquentes et revêtent des formes multiples, il sera bon d'examiner successivement le cas où la confusion est provoquée entre les produits et celui où elle s'établit entre deux maisons.

Si les deux rivaux ont une situation égale, l'un des deux pourra essayer d'accaparer la clientèle en dénigrant son adversaire.

Et comme il faut faire précéder cette étude de celle de l'article 1382 et suivants, qui servent de base à la répression, et suivre de celle de la nature du droit et de sa mise en action, tant au point de vue de la forme que du résultat, on arrive naturellement à dresser le plan suivant :

CHAPITRE III. — Éléments juridiques de la concurrence déloyale.

CHAPITRE IV. — De la concurrence déloyale par confusion dans les produits.

CHAPITRE V. — De la concurrence déloyale par confusion dans les maisons.

CHAPITRE VI. — De la concurrence déloyale par dénigrement.

CHAPITRE VII. — De la concurrence déloyale par abus de réclame.

CHAPITRE VIII. — Caractères juridiques du droit à la réparation du dommage causé par la concurrence déloyale.

CHAPITRE IX. — Compétence et procédure.

CHAPITRE X. — Jugement et sanction.

CHAPITRE III

ÉLÉMENTS JURIDIQUES DE LA CONCURRENCE DÉLOYALE.

1. Enumération des éléments. — 2. Fait de concurrence. — 3. Fait dommageable. — 4. Dommage éventuel. — 5. Fait imputable. — 6. Fait illicite.

1. — La théorie générale de la concurrence déloyale n'est qu'une application de la disposition de l'article 1382.

Art. 1382. — Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.

A côté de la concurrence déloyale qui suppose toujours l'intention de nuire, il faut placer la concurrence illicite qui ne la suppose pas. Les responsabilités qui naissent du dommage qu'elle cause sont établies par l'article 1383.

Art. 1383. — Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non-seulement par son fait mais encore par son imprudence.

Une doctrine unanime a déduit du texte de ces articles que les éléments de tout délit ou quasi-délit étaient les suivants :

1° Un fait dommageable ;

2° Un fait imputable ;

3° Un fait illicite.

Il faut évidemment dans notre matière ajouter un quatrième élément, celui-là même qui donne au délit qui nous occupe son individualité propre : il faut un fait de concurrence.

Mais si cette division est commode pour l'étude, et si nous l'adoptons pour grouper les quelques observations qui vont suivre, il ne faut pas en exagérer l'importance pratique, et il convient d'appliquer au délit spécial qui nous occupe ce que M. Laurent (1) dit de tout délit civil. « La doctrine énumère les éléments qui constituent le quasi-délit. Le juge doit-il entrer dans ces détails pour motiver la condamnation ? Non ; il suffit que le Tribunal déclare que le fait constitue une faute dommageable ; il n'est pas nécessaire que la faute soit contractée par des motifs exprès et formels ; la Cour de Cassation a jugé qu'il est satisfait à la loi quand la faute résulte implicitement des déclarations de l'arrêt (Cass., 13 janvier 1868) (2). »

2. — Si certaines décisions de justice après avoir énuméré les éléments qui constituent le délit civil ajoutent que les agissements qu'elles mentionnent constituent la concurrence déloyale, il n'y a donc là rien d'obligatoire. Des faits qui ne constituent pas la concurrence déloyale obéissent aux mêmes principes qu'elle, par exemple le dénigrement émanant d'une personne qui n'est pas le concurrent du commerçant lésé.

Si l'on admet que la concurrence est le détournement

1. LAURENT. *Principes de droit civil français*, n. 464.

2. DALLON. 68. 4. 13.

de clientèle, il faudra pour qu'elle existe, tout à la fois que l'acheteur cesse d'aller chez son fournisseur et qu'il vienne chez son concurrent : on peut concevoir que l'une des deux conditions vienne à manquer, il n'y aura pas à proprement parler concurrence et pourtant si les éléments du délit civil se rencontrent, la répression sera exactement la même que lorsqu'il s'agit de concurrence. Une jurisprudence récente en fournit deux exemples frappants :

Une société (le *Bureau Veritas*) s'est acquise une réputation universelle dans la partie qu'elle exploite (informations maritimes) ; une société exploitant une industrie voisine (renseignements commerciaux), en s'appropriant le nom (*Agence Veritas*), essaye de s'attirer la réputation et la clientèle (Paris, 24 février 1892) (1). Il n'y a pas concurrence parce qu'il n'y a pas détournement de clientèle : le client qui sur la foi du nom ira à la seconde société ne sera pas enlevé à la première, et pourtant si un préjudice est causé par ailleurs, il y aura lieu à l'application de l'article 1382, et en définitive, le résultat sera le même que si on se trouvait en matière de concurrence déloyale.

On peut concevoir en sens inverse une fraude du même genre. Etant donné que l'enseigne comme la marque n'est protégée que dans le commerce ou l'industrie qu'exerce son propriétaire, supposons deux commerces non pas similaires mais voisins exercés sous la même enseigne, deux industries créant sous la même dénomination des

1. DALLOZ, 92, 2, 439.

produits différents mais si rapprochés que le public soit amené à penser qu'ils sont vendus par la même personne. Les personnes qui constateront l'infériorité des produits d'une des deux maisons seront tentées de ne plus aller à l'autre qu'ils confondront avec elle, ils les engloberont toutes les deux dans la même défaveur. Quoiqu'il y ait ici un dommage certain causé, on peut dire qu'il n'y a pas concurrence, car l'un des commerçants ne gagne pas le client que l'autre perd. En fait, la question n'a pas dans notre matière une grande importance. On ne se trouvera pas en présence d'une manœuvre de concurrence déloyale, soit; mais on restera sous l'application de l'article 1382.

En matière de marque, au contraire, la question a une toute autre importance, puisqu'il s'agit d'un délit qui n'est punissable que lorsque se trouvent réunis tous les éléments qui le constituent, et M. P. Fauchille (1) a été amené à proposer le critérum suivant : « Sont similaires et ne peuvent par suite s'emprunter leurs marques respectives, non-seulement les industries ou les commerces dont les objets sont analogues et autorisent la confusion, mais encore les industries ou les commerces qui, quoique différents dans leurs productions, ont entr'eux un lien suffisamment étroit pour que le public apercevant sur leurs produits ou sur leurs objets une même marque, puisse croire raisonnablement qu'ils sont exercés par la même personne, par le propriétaire de la marque. » Mais

1. FAUCHILLE. *De ce qu'il faut entendre par les industries similaires en matière de marque.* THALLER. *Ann. de droit comm.* 1890, II, 267.

la jurisprudence n'a pas cru pouvoir entrer ainsi dans la voie de l'interprétation extensive d'une loi pénale (Douai, 9 avril 1888).

3. — L'absence de dommage a un effet plus radical : non-seulement il n'y aura pas alors d'action en concurrence déloyale, mais même il n'y aura pas d'action en dommages-intérêts. « Comment y aurait-il lieu à dommages-intérêts lorsqu'il n'y a pas de dommage causé. »

La jurisprudence a eu à plusieurs reprises l'occasion de faire application de ces principes en notre matière. M. Laurent (1) cite l'espèce suivante : « Un pharmacien vend son fonds ; l'acheteur prend non-seulement la qualité de successeur, mais fait même usage du titre et des médailles conférés à son auteur. Il y avait un fait illícite, mais il a été jugé qu'il n'était pas dommageable puisque le pharmacien vendeur n'en éprouvait aucun préjudice (Cass., 13 avril 1866) (2) antérieur par conséquent à la loi du 30 avril 1889. »

La Cour de Dijon a eu à faire application du même principe dans une espèce qui le met encore mieux en lumière : Un jugement du Tribunal de Commerce de Dijon avait, tout en reconnaissant qu'il n'y avait pas eu de préjudice souffert par le demandeur et en lui refusant de ce chef tous dommages-intérêts, ordonné la fermeture d'un déballage. Appel de ce jugement. Et la Cour, attendu que les intimés n'avaient pas formé appel incident de la partie du jugement qui déclarait qu'il n'y

1. LAURENT, XX, 392.

2. DALLOZ, 66, 1, 342.

avait pas eu de préjudice, considérant cette partie du jugement comme ayant acquis irrévocablement l'autorité de la chose jugée, a décidé qu'en l'absence de préjudice c'était à tort que les premiers juges avaient accueilli la demande (Dijon, 21 juin 1889) (1).

4. — Le préjudice doit-il nécessairement être actuel ou bien un préjudice purement éventuel suffit-il pour que l'action en dommages-intérêts puisse être intentée ? « Il n'est pas douteux, répond M. Allard, qu'elle puisse être immédiatement intentée. On conçoit, en effet, combien il serait dangereux d'attendre que la concurrence déloyale eût produit ses résultats pour en poursuivre la répression. Il vaut mieux couper le mal dans ses racines que d'obliger sa victime à l'inaction jusqu'au jour où il aura produit ses fruits et sera peut-être devenu irréparable. » Au point de vue de la commodité et de l'utilité, il n'y a pas à contester cette doctrine, mais il ne faut pas oublier que la concurrence déloyale est régie par l'article 1382. Or, le mot « réparer » qui termine cet article semble bien ne pouvoir s'entendre que d'un préjudice actuellement souffert. Et d'autre part toute action basée sur cet article se résout en dommages-intérêts. Comment accorder des dommages-intérêts pour un préjudice qui ne se produira peut-être pas ?

La jurisprudence semble pourtant admettre le système que défend M. Allard (Alger, 22 février 1888 (3) Pour nous,

1. *Le Droit*, 8-9 juillet 1889.

2. ALLARD. *Traité de la concurrence déloyale*, n. 7.

3. DALLOZ, 89-2-251.

de semblables décisions sont inconciliables avec une doctrine qui prend, comme fondement de la théorie de la concurrence déloyale, l'article 1382. Mais si les arguments, qu'invoque notamment M. Allard et que nous avons reproduits, ne doivent être d'aucun poids pour l'application de la loi, ils gardent toute leur valeur au point de vue de l'équité et on peut regretter que la jurisprudence et la doctrine aient fait de la concurrence déloyale une application de l'article 1382. Il eût été possible, croyons-nous, d'éviter la conséquence que nous signalons. Il y avait qu'à ne pas invoquer l'article 1382 et l'on n'aurait pas eu à le violer. Il est certain, en effet, que la concurrence déloyale n'a jamais préoccupé le législateur et en présence de l'article 4 C. C. d'après lequel « le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice » le juge est, comme disait l'article 11 titre 5 du projet de livre préliminaire du code, dans les matières civiles à défaut de la loi précise, un ministre d'équité. La théorie de la concurrence déloyale se serait élaborée uniquement d'après l'équité et en fait il est plus d'un jugement qui ne vise aucun article de loi et tire d'elle seule la raison de décider. Si l'on posait en principe que le droit qu'a un commerçant sur sa clientèle constitue un droit réel qui doit être en principe régi par des règles d'analogie tirées de la propriété, il n'y aurait aucun obstacle à ce que l'on admit, dans les espèces où le dommage n'est pas né, mais où le moyen de le causer est déjà préparé, une espèce de dénonciation de nouvel œuvre.

Ce serait là le point le plus important où une doctrine

de la concurrence déloyale basée sur l'équité s'écarterait le plus de la doctrine de la concurrence déloyale basée sur l'article 1382, mais ce ne serait pas le seul.

Les tribunaux égyptiens n'ont pas hésité à adopter comme base de la répression de la concurrence déloyale, l'article 11 de leur Code qui correspond à l'article 4 du nôtre (1).

1. Voici certains motifs d'un jugement d'Alexandrie (29 mars 1886. CLUNET. *Journ. de dr. intern. priv.*, 1886, p. 479) qui auraient très bien pu *mutatis mutandis* être adoptés par les tribunaux français :

« Attendu en droit, qu'à défaut dans la législation égyptienne de tout texte concernant la protection à accorder aux marques de fabrique ou de commerce, c'est-à-dire aux noms sous une forme distinctive, aux dénominations, emblèmes, empreintes, timbres, cachets, vignettes, reliefs, lettres, chiffres, enveloppes et tous autres signes servant à distinguer les produits d'une fabrique ou les objets d'un commerce, il convient de s'en référer à l'article 11 du Code Civil, aux termes duquel « en cas de silence, d'obscurité, ou d'insuffisance de la loi, le juge se conformera aux principes du droit naturel et aux règles de l'équité ».

— Attendu qu'il est évident que pour le fabricant qui, par la supériorité de ses produits, l'habileté et la sincérité de sa fabrication s'est acquis une renommée, il y a grand intérêt à ce que d'autres fabricants n'usurpent pas la marque dont il a revêtu les objets sortant de la fabrique, puisque cette marque qui les signale à la préférence du public, en facilite et en assure le débit, constituant ainsi par elle-même une source de fortune;

— attendu que la loyauté doit être équitablement imposée comme règle aux fabricants et aux commerçants, qu'il ne peut être admis que ce soit agir honnêtement et par suite conformément aux principes du droit naturel que d'usurper ou d'imiter une marque en vue de nuire à un autre commerçant,

5. — Il faut en troisième lieu un fait imputable. La théorie de la concurrence déloyale n'offre rien de particulier à cet égard, et on doit ici appliquer les règles générales sur la responsabilité, — sur la responsabilité du fait personnel, et par conséquent peu importe qu'on se trouve en présence d'un fait positif ou de commission, ou bien d'un fait négatif ou d'omission, et sur la responsabilité du fait d'autrui : c'est ainsi qu'un commerçant pourra être déclaré responsable du fait de son commis-voyageur d'après les règles établies par l'article 1384 C. civ.

Il est à peine utile, surtout en droit civil, de rappeler qu'il ne faut pas confondre la question de savoir si un fait est imputable à une personne avec celle de savoir si cette personne a agi avec intention de nuire. L'usage a établi que la concurrence frauduleuse faite avec intention de nuire est déloyale et que celle qui cause un préjudice involontaire est seulement illégitime (Douai, 21 mars 1886 (1). Nantes 6 mars 1880 (2). Paris 5 août 1834 (3).

Les moyens illégitimes employés pour faire concurrence de discréditer ses produits jusque-là réputés, qu'il convient dès lors de proclamer que tout acte de cette nature donne légitimement ouverture à une action en concurrence déloyale recevable devant les tribunaux de la Réforme et pouvant être intentée contre toute personne qui, d'une façon quelconque, concourt à livrer au public des produits portant une marque frauduleusement imitée... » Dans le même sens Arr. de la Cour d'Alexandrie du 14 avril 1887 (CLUNET, 89-141) et du 30 décembre 1891 (CLUNET, 93-293).

1. PATAILLE, 68-21.

2. PATAILLE, 83-133.

3. PATAILLE, 84-304.

rence donnent donc naissance à toutes les variétés du délit ou du quasi délit.

« Les faits de commission ou d'omission qui peuvent engendrer une responsabilité pécuniaire, dit M. Demolombe (1), doivent être divisés en trois classes, à savoir :

I. — Les faits illicites et dommageables qui ont été commis avec intention de nuire et qui sont réprimés par la loi pénale (dans notre matière, ce sont les faits prévus et punis par les lois sur les noms, les marques, etc).

II. — Les faits illicites et dommageables qui ont été commis avec l'intention de nuire, mais qui ne sont pas réprimés par la loi pénale (dans notre matière ce sont les faits de concurrence déloyale proprement dite).

III. — Les faits illicites et dommageables avec cette double circonstance qu'ils n'ont pas été commis avec l'intention de nuire et qu'ils ne sont pas réprimés par la loi pénale » (dans notre matière ce sont les faits de concurrence illégitime).

Mais de même que tous les auteurs, après avoir soigneusement distingué les quasi délits des délits, sont obligés de reconnaître qu'il faut les confondre dans une même étude, de même nous continuerons à employer le terme de concurrence déloyale pour désigner tous les faits de concurrence qui donnent lieu à des réparations pécuniaires.

6. — Enfin le fait constitutif de la concurrence déloyale doit être illicite. Notre étude va maintenant consister précisément à rechercher quels sont les faits de concur-

1. DEMOLOMBE; *Des contrats*, VIII, n° 356.

rence qui sont illicites. Donnons seulement avec MM. Aubry et Rau (1) cette définition : le fait illicite est celui qui porte « atteinte à un droit appartenant à autrui et qui ne constitue pas de la part de son auteur l'accomplissement d'une obligation légale ou l'exercice d'un droit » et sans aller aussi loin que M. Larombière (2) qui décide que celui qui use de son droit est tenu de réparer le dommage qu'il cause « si entre diverses manières d'exercer son droit il avait méchamment et dans le dessein de nuire choisi celle qui devait et pouvait être la plus dommageable » (nous aurons à faire l'application de cette idée lorsque nous traiterons de la vente au rabais). Rappelons qu'un fait peut être considéré comme illicite lorsqu'il devient non plus l'exercice mais l'abus d'un droit. Rien par exemple n'est plus naturel que de faire le commerce sous son nom, nous verrons pourtant que dans certains cas ce droit vient se heurter au droit d'autrui et qu'il ne suffit pas de l'invoquer pour échapper à toutes responsabilités.

1. AUBRY et RAU, IV, 476.

2. LAROMBIÈRE, art. 1382, n° 14.

CHAPITRE IV

DE LA CONCURRENCE DÉLOYALE PAR CONFUSION DANS LES PRODUITS.

1. La concurrence déloyale et la loi de 1857. — 2. Comment naît le droit à la propriété d'un signe : la priorité. — 3. Du domaine public. — 4. Hypothèses spéciales : objets brevetés, médicaments. — 5. En quoi consiste la concurrence déloyale. — 6. L'apparence des objets eux-mêmes peut constituer le signe protégé. — 7. Les titres d'ouvrages.

1. — Il semblerait à première vue que la création d'une confusion entre les produits ne soit plus un mode de concurrence déloyale proprement dite, et que la législation sur les marques ait complètement absorbé cette matière. Car qu'est-ce qu'une marque de fabrique ? C'est « tout signe servant à distinguer les produits d'une fabrique ou les objets d'un commerce » répond l'article 1^{er} de la loi du 23 juin 1857 qui vient d'énumérer à titre d'exemples « les noms sous une forme distinctive, les dénominations, emblèmes, empreintes, timbres, cachets, vignettes, reliefs, lettres, chiffres, enveloppes ». Et cette même loi réprimant dans son article 7 la contrefaçon des marques et dans l'article 8 leur imitation frauduleuse, on pourrait croire que tout le domaine qui eût été celui de la con-

currence déloyale par confusion de produits se trouve ainsi rejeté hors du droit commun et régi par une législation pénale.

Mais tout d'abord, et à raison même du caractère pénal de la loi de 1857, lorsqu'il s'agira d'imitation, elle ne frappe que ceux qui ont agi avec intention frauduleuse et laisse par conséquent les quasi-délits en dehors de son application (1).

Mais il y a plus, le principe qui domine la loi est que « la marque de fabrique ou de commerce est facultative (2). » Comment se manifeste l'intention de se procurer la protection de la loi? Par le dépôt : « 1° de trois exemplaires du modèle et 2° du cliché typographique de cette marque (3). » Ceux qui n'ont pas procédé à ce dépôt, ou ceux qui après quinze ans écoulés ne l'ont pas renouvelé ne sont donc pas protégés par la loi de 1857.

Pour savoir si ceux qui n'ont pas déposé la marque dont ils se servent ont néanmoins un droit protégé par la théorie de la concurrence déloyale il faut combiner le principe d'après lequel la marque est facultative moins avec les termes mêmes de l'article 2 qu'avec le sens qui lui fut publiquement donné lors de sa rédaction. Voici le texte de l'article 2 : « Nul ne peut revendiquer la propriété exclusive d'une marque s'il n'a pas déposé deux

1. Il en est autrement, il est vrai, en matière de contrefaçon où la simple négligence commise par celui qui aurait pris involontairement mais sans se renseigner la marque d'autrui serait punissable.

2. Art. 1^{er} de la loi du 23 juin 1857.

3. Loi du 3 mai 1890.

exemplaires du modèle de cette marque au greffe du tribunal de commerce de son arrondissement. » Il substitue au mot « acquérir » du projet celui « revendiquer ».

L'exposé des motifs interprétait ainsi le projet : « Il est bien entendu d'ailleurs qu'il ne saurait être interdit à personne d'user d'une marque non déposée ; mais la marque dans ce cas ne constituera pas pour celui qui s'en servira une propriété interdite à tous autres. Il ne jouira pas du bénéfice de la loi, il n'aura pas l'action correctionnelle, et s'il lui reste l'action civile en réparation des dommages causés, ouverte par l'article 1382 C. C., toujours est-il qu'il ne pourra trouver dans l'usage habituel, dans la possession antérieure d'une marque autre chose qu'un élément insuffisant par lui-même et ne pouvant que concourir avec d'autres circonstances pour établir son droit à des dommages-intérêts. »

Le rapporteur pose la question en ces termes : « Le dépôt, est-il attributif ou seulement déclaratif de la propriété des marques. » Et après certains développements il répond :

« Au propriétaire d'une marque déposée le bénéfice de la loi actuelle, les garanties spéciales qu'elle institue et des actions qu'elle organise ; à celui qui n'effectue pas le dépôt, le droit commun. Il se servira de sa marque sans pouvoir en être dépouillé et il demandera à l'article 1382 du Code civil les moyens de se défendre contre la concurrence déloyale. »

Ainsi par le dépôt les marques bénéficient d'une législation spéciale ; sans dépôt ou l'effet du dépôt périme elles

restent soumises au droit commun. Elles sont au même titre que les autres moyens dont dispose le commerçant pour rallier sa clientèle protégée par l'article 1382. La fraude qui consiste à créer entre elles des confusions ayant pour objet de s'appropriier la clientèle d'autrui constitue la concurrence déloyale.

Nous allons donc tout d'abord rechercher en quoi consiste ce droit protégé exclusivement par l'article 1382 et comment il s'acquiert; puis nous nous demanderons quels sont les signes susceptibles de cette protection et quels sont les faits réprimés. Il nous restera ensuite quelques hypothèses spéciales à étudier.

2. — Et tout d'abord quel est ce droit que la loi sur les marques convertit, élargit, protège plus efficacement? C'est celui que nous allons rencontrer dans toutes les matières où la concurrence déloyale procède par voie de confusion (sauf en matière de noms où des principes nouveaux interviennent). C'est le droit qu'a un commerçant de ne pas être dépouillé de sa clientèle; alors que sa clientèle entend lui rester fidèle et en vertu duquel aucun des moyens qui établit sa personnalité ne peut être usurpé, qu'il fixe l'individualité du produit qu'il vend ou celle de la maison qu'il dirige.

Comment s'établira ce droit? Par l'occupation. Mais il faut à cet égard réserver tout d'abord les droits du domaine public : tout dans notre matière n'est pas susceptible d'appropriation par voie d'occupation. Si la forme de l'enveloppe est purement géométrique, si la dénomination est nécessaire, l'occupation (et le dépôt du reste n'aurait pas plus d'effet) ne saurait constituer un droit.

privatif. L'occupation ici suppose donc quelque peu la création et, sinon l'invention, au moins par quelque côté la nouveauté. Il ne suffit pas ensuite d'avoir occupé il faut avoir continué à posséder.

Voilà les conditions de naissance de ce droit qui reste bien limité dans son étendue « elle a pour limite l'intérêt du possesseur » dit M. Blanc, ce qui, ici, n'est pas une application de la règle générale que l'intérêt est la mesure des actions mais veut dire que le possesseur du droit sera protégé contre les entreprises de ceux qui par une confusion coupable chercheraient à détourner la clientèle. C'est un droit limité à la concurrence déloyale. Et de là cette conclusion importante, que la marque ne sera protégée que dans l'industrie où elle a été employée : une personne exerçant un autre commerce aura le droit d'en faire usage.

Mais dans une industrie donnée, la marque sera-t-elle au moins toujours l'objet d'un droit exclusif ? Ne faut-il pas dire que deux personnes ne pourront jamais la posséder à la fois puisqu'elle dérive de l'occupation et que de deux personnes employant la même dénomination ou la même enveloppe l'une pourra toujours revendiquer une priorité vis-à-vis de l'autre ? Cette conséquence ne se trouve pas justifiée dans tous les cas.

1° C'est une simple application de l'idée que la concurrence déloyale est un détournement de clientèle, que la constatation qu'elle ne peut exister que dans la zone où la maison qui se plaint fait des affaires. Au dehors, la protection s'arrête ; mais ces zones n'ont rien de fixe : elles s'étendent avec la prospérité d'une maison de com-

merce. De là peut naître un conflit. Une maison ancienne et prospère, en étendant sa clientèle à des régions où elle n'avait pas antérieurement de relations, pourra-t-elle forcer des maisons d'importance plus restreinte à abandonner des signes, qui les caractérisaient et dont elles n'avaient pas la priorité absolue, mais la priorité dans la région ? Dira-t-on que c'est la priorité d'une façon absolue qui compte ? ou la priorité auprès du client. Devra-t-on condamner les maisons de second ordre à changer d'une façon absolue leurs enveloppes ou les dénominations dont elles faisaient usage ou la grande maison à ne plus faire dans la région le commerce qu'avec des marques différentes ? Le plus souvent si les commerçants ne comptent pas profiter de la confusion ils s'entendront pour fixer l'individualité de leurs produits. Et s'ils ne le font pas, les juges trouveront, dans la façon dont les prétentions des parties se présenteront, l'indication de la maison qui veut profiter de la confusion. Mais en dehors de ces considérations de fait, il n'y aurait en droit aucune raison pour décider contre l'un des commerçants en cause ; ils n'ont fait au début qu'user de leur droit et la prospérité d'une maison ne saurait être une raison juridique de condamnation pour sa rivale. Quels que soient les inconvénients pratiques, il faudrait admettre dans ce cas la copropriété, l'indivision du droit.

2^o La prescription pourrait-elle faire acquérir un droit analogue ? Si une maison a pendant 30 ans usé d'un signe ou d'une enseigne, dont une autre maison eût pu revendiquer la propriété exclusive, cette dernière peut elle encore poursuivre la répression de cette concurrence

déloyale? Un arrêt de Rennes (22 juillet 1886) (1) a estimé qu'une possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque et à titre de propriétaire, pouvait établir un droit créant une véritable propriété. Et si la Cour de Cassation, trouvant ailleurs les raisons de sa décision, n'a pas voulu trancher la question, du moins M. le conseiller Lepelletier laissait suffisamment entendre dans son rapport qu'il n'était pas hostile à l'application de prescription dans notre matière. « Nous ne voyons pas bien pourquoi si l'on peut, ce qui n'est pas douteux, vendre ou céder le droit que l'on a à une raison de commerce avec l'établissement qu'elle désigne, on ne pourrait pas acquérir ce droit par prescription ».

M. Lyon-Caen (2), au contraire, n'admet pas qu'on puisse prescrire en cette matière. « Il arrive parfois, sans qu'une raison de commerce soit tombée dans le domaine public, qu'en fait pendant de longues années une personne, autre que le propriétaire, en ait usé. En cette matière, quelque long que soit l'usage fait par ce dernier, il n'y a point de prescription acquisitive. Aucun texte n'autorise à en admettre une. »

Nous ne croyons pas ce motif suffisant pour déclarer la prescription impossible en notre matière. L'article 2262 est aussi général qu'on peut le souhaiter. En présence de ses termes, c'est à l'opinion qui soutient l'imprescriptibilité

1. BERT. *Le droit industriel*. 1893, 243.

La décision est rendue en matière d'enseigne, mais les principes sont les mêmes.

2. LYON-CAEN en note sous arrêt de Cass. du 17 janvier 1894. SIREY 4, 91, 433.

à produire un texte spécial, non à celle qui ne fait qu'appliquer le principe général.

3^e Il est une autre hypothèse où l'on a pu soutenir que deux commerçants auraient en même temps des droits sur le même signe. Supposons qu'un commerçant ait déposé la marque dont usait antérieurement un de ses concurrents. Il est certain que celui-ci ne sera pas dépouillé du droit d'user de sa marque. Le rapporteur de la loi de 1857 disait : « Fallait-il le dépouiller de sa propriété, cet industriel, si négligent qu'il fût, à ce point qu'il put être poursuivi par un tiers qui non content d'usurper sa marque, en aurait opéré le dépôt? Il nous a paru dangereux de faire dépendre de l'accomplissement d'une formalité et de soumettre à la chance d'une diligence plus ou moins active la propriété d'une marque qui le plus souvent tire son importance de son ancienneté et n'a pas été déposée à raison de son ancienneté même. »

C'est en partant de ces explications que M. Duvergier (1) dit : « Il est bien vrai que le possesseur d'une marque très ancienne ne serait pas privé par le dépôt qu'en ferait un autre. Malgré ce dépôt il pourrait continuer à opposer sa marque sur ses produits, mais il ne pourrait la revendiquer comme sa propriété exclusive et par conséquent empêcher le déposant de s'en servir ».

Quoi qu'en dise M. Pouillet (2) l'explication de M. Duvergier est bien conforme aux explications du rapporteur et

1. DUVERGIER. *Collection complète des lois d'arrêts, etc.*, année 1857, p. 188, note 3.

2. POUILLET, n. 103.

il lui est plus facile de dire qu'il ne tient aucun compte du rapport que de le prouver.

Sa doctrine n'a cependant pas été suivie par la jurisprudence, qui n'a pas voulu admettre que celui qui a la priorité peut être sinon exproprié de son droit, au moins tenu de le partager avec celui qui a fait le dépôt (Rouen, 13 novembre 1867) (1).

Mais même si on admet que, dans certains cas, deux personnes puissent avoir des droits égaux sur un même signe, on ne saurait voir dans ces hypothèses particulières une raison de nier qu'en principe ce soit la priorité qui crée le droit d'un commerçant sur le signe au moyen duquel il individualise sa marchandise.

3. — Nous avons indiqué que la priorité ne faisait acquérir de droit sur un signe ou une dénomination qu'à la condition qu'ils ne soient pas déjà dans le domaine public. Mais quel est au juste l'étendue du domaine public en notre matière? Il comprend deux catégories bien distinctes. Certains signes ou dénominations sont dans le domaine public par leur nature, d'autres parce que, bien qu'à l'origine susceptibles d'appropriation, ils y sont tombés par la suite.

Plus particulièrement en ce qui concerne les dénominations, il faut distinguer la dénomination nécessaire, qui appartient comme telle au domaine public, de la dénomination de fantaisie qui en principe appartient à celui qui le premier en a fait usage.

Il est rare, sans doute, qu'un industriel revendique

1. PATAILLE, 68. 105.

purement et simplement l'appellation usuelle d'un produit : le plus souvent il la qualifie et la question devient plus délicate. Un exemple fera mieux comprendre : *Savon Thridace* est une dénomination nécessaire (Paris, 21 avril 1885) (1). *Savon du Congo* n'en est pas une (Douai, juin 1888) (2). Pourquoi? Parce que, *Savon Thridace* signifiant savon au suc de Laitue, les deux mots concourent à la désignation du produit ; *Savon du Congo*, au contraire, est une dénomination qui peut s'appliquer à un savon quelconque.

Appartiennent à celui qui, le premier, les emploie :

1° Les dénominations qui n'indiquent pas, par elles-mêmes, ce qu'elles désignent et dont l'usage seul fixe la signification. Ex : *revalessière* (3), *luciline* (4), *byrrh* (5), *bénédictine* (6).

3° Les dénominations qui, par elles-mêmes, désignent bien le produit, mais qui sont en outre qualifiées d'une façon suffisamment inattendue : *encre indienne* (7), *crème d'argent* (8), *eau d'or* (9).

Sont dans le domaine public :

1° Les dénominations, qui expriment simplement ce qui

1. *Le Droit*, 19 octobre 1888.

2. PATAILLE, 86. 73.

3. Paris, 3 janvier 1879. PATAILLE, 79. 62.

4. Paris, 28 novembre 1863. PATAILLE, 64, 105.

5. Montpellier, 12 décembre 1878. PATAILLE, 79. 173.

6. Nice, 24 février 1879. PATAILLE, 81. 77.

7. Bordeaux, 30 juin 1864, PATAILLE, 64, 446.

8. Rouen, 31 novembre 1867. PATAILLE, 68, 105.

9. Seine, 2 juillet 1888. PATAILLE, 89-98.

est le produit : *corsets sans couture* (1), *phosphoguan* (2).

2° Les dénominations usuelles simplement suivies d'une épithète que tous les commerçants revendiqueraient pour leurs produits : *corsets plastiques* (3), *benzine parfumée* (4), *foudroyant* (5) (*poudre insecticide*).

D'autre part, une dénomination originellement de fantaisie et créant par conséquent un droit au profit de celui qui en fait usage peut tomber dans le domaine public. Comme le dit la Cour de Cassation dans un arrêt du 8 février 1875 (6) « le fabricant qui a donné aux produits de son industrie une dénomination nouvelle et arbitraire n'est plus admis à revendiquer la propriété de cette dénomination s'il l'a laissée tomber dans le domaine public ».

La question est ici absolument la même qu'en matière de marque ; il faut seulement remarquer que la renonciation tacite se présume a plus facilement en matière de concurrence déloyale, aucun acte de dépôt n'étant intervenu pour affirmer énergiquement la volonté d'appropriation (7).

Il est évident qu'il existe un domaine public en matière

1. Nancy, 7 juillet 1855. PATAILLE, 90-105.

2. Caen, 20 janvier 1874. PATAILLE, 75-318.

3. Seine, 13 octobre 1859. PATAILLE, 59, 420.

4. Seine, 6 août 1858. PATAILLE, 58, 400.

5. Lyon, 14 avril 1883. LE HIR : *Revue de droit commercial*, 84, 2, 460.

6. PATAILLE, 77, 91.

7. La Cour de Cassation 6 nov. 1890 *Pandectes françaises*, *Recueil* 91-1-204, a eu, en matière de marque, mais la solution

d'enveloppes et de récipients, aussi bien qu'en matière de nom, et nous n'hésitons pas à penser qu'on ne saurait acquérir un droit privatif, soit sur un récipient de forme purement géométrique, soit sur un récipient d'une contenance déterminée.

La Cour de Cassation (30 avril 1889) (1) rejette cette manière de voir. Vouloir exiger une originalité quelconque, signalant le récipient à l'attention des acheteurs, ce serait confondre les principes en matière de marque avec ceux qui régissent les brevets d'invention, et la Cour décide qu'une boîte rectangulaire peut être une marque de fabrique. La Cour se méprend sur la raison de l'exigence d'une originalité. De même qu'il y a des dénominations qui sont dans le domaine public, non parce qu'elles y sont tombées, mais parce que leur nature le veut ainsi; de même, il y a des récipients ou des enveloppes qui sont dans le domaine public parce que leur forme est la plus naturelle (Paris, 24 juin 1865 (2), Lyon, 7 juin 1871) (3).

doit être la même en nature de concurrence déloyale, à trancher la question suivante :

Le non usage ou l'abandon d'une marque pendant un certain temps autorise-t-il une appropriation nouvelle de cette marque par l'industriel qui la remet en circulation et en fait un emploi, sinon nouveau, du moins renouvelé.

Elle a répondu que « du moment où elle était tombée dans le domaine public elle ne peut plus être revendiquée à titre de propriété privative ».

1. LE HIR, 89, 1, 257.

2. PATAILLE, 65, 443.

3. PATAILLE, 72, 103.

4. — On s'est demandé si certaines matières n'échappaient pas aux règles que nous venons de poser. Notamment en ce qui concerne la dénomination des objets brevetés et celle des médicaments, la doctrine et la jurisprudence sont très divisées.

En ce qui touche les objets brevetés, tandis que certains auteurs pensent que la propriété de la dénomination disparaît avec le brevet, d'autres décident qu'elle ne lui survit que si elle a été déposée à titre de marque ; dans une troisième opinion, elle ne cesse d'être la propriété de l'inventeur qui, sous la double condition qu'elle ait figuré dans le brevet et qu'elle soit devenue la désignation courante du produit.

On peut à bon droit s'étonner de ces divergences. Le droit résultant du brevet et celui résultant de la priorité dans le choix d'une dénomination sont parfaitement distincts et peu importe que la dénomination protégée par le second s'applique à l'invention protégée par le premier : il faut appliquer distributivement les règles qui régissent l'un et celles qui régissent l'autre.

L'origine des divergences qui se sont élevées sur cette question est peut-être dans une confusion que peut faire naître l'article 6 de la loi du 5 juillet 1844. « Elle (la demande) indiquera un titre renfermant la désignation sommaire et précise de l'objet de l'invention. » Est-ce de cette dénomination que l'on parle ? Elle tombe toujours dans le domaine public en même temps que l'objet breveté. Mais pourquoi ? Parce que, en tant que dénomination nécessaire elle a toujours été virtuellement dans le domaine public et que si les autres commerçants ne pouvaient

l'employer pour l'appliquer à l'objet breveté c'était uniquement parce qu'ils ne pouvaient le fabriquer. S'agit-il au contraire d'un nom de fantaisie donné à côté de la désignation exigée par l'article 6 de la loi de 1844? Il sera protégé comme les autres dénominations, même alors que l'objet breveté serait tombé dans le domaine public.

La jurisprudence est unanime pour reconnaître que la désignation des produits ne tombe pas dans le domaine public quand elle n'est autre que le nom de l'inventeur. Sans doute, dit un arrêt de Cassation du 15 avril 1878 (1), « les procédés de fabrication d'un produit tombent dans le domaine public à l'expiration du brevet, mais il en est autrement du nom de l'inventeur; cette règle ne saurait recevoir d'exception que dans le cas où par un long usage ou par suite du consentement, soit expresse, soit tacite du breveté, son nom patronymique étant devenu la seule désignation usuelle de son invention, est employé pour indiquer le mode ou le système de fabrication et non l'origine du produit fabriqué. »

Mais le même accord ne se retrouve pas quand il s'agit de dénomination de fantaisie et si la Cour de Paris a très nettement, dans un arrêt du 31 octobre 1885 (2), adopté le principe que « l'inventeur après l'expiration de son brevet a le droit de se réserver la dénomination sous laquelle il a créé le produit », on peut d'autre part citer

1. PATAILLE, 78, 234.

2. PATAILLE, 86, 313.

de nombreuses décisions en sens contraire (Paris, 3 décembre 1859 (1), Paris, 24 décembre 1872) (2).

En ce qui concerne les médicaments, les principes conduisent à la même solution qu'en matière d'objets brevetés.

On sait qu'en dehors des remèdes magistraux, c'est-à-dire confectionnés d'après une ordonnance de médecin, la formule de tous les remèdes doit être ou bien inscrite au *Codex Medicamentarius* ou *Pharmacopée française* (art. 38 du décret du 21 germinal an XI), ou bien publiée dans le *Bulletin de l'Académie de médecine* (décret du 3 mai 1850). De ces dispositions il résulte que la formule tombe dans le domaine public. En ce qui concerne la dénomination, il ne saurait y avoir d'appropriation quand elle est scientifique; s'il s'agissait au contraire d'une dénomination de fantaisie, elle resterait la propriété de l'inventeur du remède.

5. — Les limites du domaine public étant fixées, plaçons-nous dans les hypothèses où l'appropriation est possible et demandons-nous dans quelles hypothèses il y aura concurrence déloyale.

On se trouvera rarement en présence d'une copie servile, quoiqu'on ait vu des commerçants, invoquant les droits du domaine public usurper purement et simplement une dénomination ou même débiter le liquide qu'ils vendaient dans les flacons de leurs rivaux. Le plus souvent il y aura seulement imitation. En matière de mar-

1. PATAILLE, 59, 411.

2. LE HIR, 74, 79.

que, l'imitation est réprimée aussi bien que la contrefaçon : il en est de même en matière de concurrence déloyale. Mais quand y a-t-il imitation ? Il est bien difficile de fixer des règles.

Rappelons seulement qu'il y aura concurrence déloyale toutes les fois que l'acheteur, pouvant être induit en erreur, abandonnera sans le savoir le fournisseur auquel il désire conserver sa clientèle. De là il faut conclure que, tandis que l'imitation de la dénomination pourra à elle seule suffire à établir la concurrence déloyale parce que elle forme un tout pour la mémoire et qu'on commande un objet en le désignant par son nom (Paris, 15 octobre 1862) (1), lorsqu'il s'agira de l'apparence extérieure d'un objet, on ne devra au contraire, pas en considérer telle ou telle partie, par exemple la forme d'un récipient sans l'étiquette (Aix, 8 août 1872) (2), mais l'ensemble. A ce point de vue, on ne devra pas placer les deux objets l'un à côté de l'autre pour apprécier s'ils sont différents, mais se demander seulement si les différences sont suffisantes pour pouvoir être retenues par la mémoire des acheteurs (Aix, 10 avril 1885) (3).

6. — La marque de fabrique, de par sa définition, ne protège jamais que le signe extérieur servant à distinguer le produit. En est-il de même en matière de concurrence déloyale ? Ses règles ne permettent-elles pas d'empêcher la confusion qui s'établirait non plus entre les enveloppes, les récipients, etc., qui contiennent les

1. PATAILLE, 63, 40.

2. PATAILLE, 73, 29.

3. PATAILLE, 86, 156.

produits, mais entre les produits eux-mêmes ? Il faut répondre affirmativement, mais en faisant immédiatement cette réserve que le produit sera protégé alors non pas pour ses qualités, mais dans son apparence et en tant qu'il porte en lui-même le signe qui permet de le distinguer.

Mais est-ce bien là une différence avec les règles établies par la loi de 1857 ? Un produit considéré dans sa forme ou dans sa couleur ne peut-il se servir de marque ? La négative est particulièrement soutenue en matière de couleur. M. Pouillet (1) indique cette raison que les nuances sont insaisissables pour un œil peu exercé et que les couleurs peu nombreuses pourraient facilement être monopolisées. Puis il reconnaît que si la couleur d'un objet ne peut être une marque, c'est du moins un signe qui est protégé par les règles de la concurrence déloyale. Où trouver la raison de décider : les nuances ne sont pas plus saisissables, les couleurs plus nombreuses quand il s'agit de concurrence déloyale que quand il s'agit de contrefaçon ou d'imitation de marque. La vérité est que la couleur du produit peut très bien servir à le distinguer, mais il faut reconnaître aussi que les couleurs simples sont dans le domaine public, et dire que si le commerçant ne trouve pas dans la nuance un moyen sûr d'individualiser son produit, il n'a qu'à ne pas l'adopter. Au reste, on n'a qu'à continuer la lecture du traité de M. Pouillet pour trouver des espèces où les commerçants ont su par l'agencement des couleurs arriver à individualiser la physionomie de leurs produits (par exemple, un fil de couleur

1. POUILLET, n° 43.

au milieu d'une mèche blanche (Nîmes, 22 février 1877) (1).

Constatons au moins que s'il y a controverse en cette matière sur la possibilité d'une action basée sur la loi de 1857, il n'y en a pas sur la possibilité d'une action basée sur l'article 1382.

Dans la précédente hypothèse, c'est bien pour sa physionomie et non pour ses qualités que le produit est protégé. Quelques décisions de justice pourraient faire croire qu'en matière littéraire il en est quelquefois autrement et que les règles de la concurrence déloyale sont à la disposition de ceux qui ne veulent pas user de la loi du 19 juillet 1793 : ainsi un arrêt de Cassation du 14 janvier 1885 (2) a réprimé par les règles de la concurrence déloyale la contrefaçon d'un programme de course et un arrêt de Paris du 16 novembre 1893 (3) la reproduction dans un journal d'articles publiés par un autre. La doctrine de ces arrêts se justifie parfaitement. Dans la première hypothèse, tout le texte était dans le domaine public et la concurrence déloyale naissait de la confusion que créait l'identité du format et de la couleur du papier. Quant à la seconde hypothèse, elle est tout à fait en dehors de l'ordre d'idées où nous nous trouvons. Il ne s'agissait pas davantage de propriété littéraire. Un journal qui reproduit les articles des autres journaux peut paraître dans des conditions de bon marché auxquelles ne peuvent atteindre les journaux qui pour les publier ont eu

1. PATAILLE, 81, 81.

2. DALLOZ, 85, 1, 285.

3. *Pandectes françaises*, 91, 2, 137.

des producteurs à payer. C'est dans l'exemple d'un moyen frauduleux pour fausser le bon marché qui attire l'acheteur que reside la concurrence déloyale. Nous avons déjà rencontré une hypothèse du même genre au cas de concurrence déloyale p'sultant de tromperie sur la chose vendue.

Il faut donc reconnaître que d'une façon générale les règles de la concurrence déloyale ne protègent jamais (comme celles qui régissent les brevets ou la propriété littéraire), l'objet en lui-même, mais seulement le signe ou l'apparence de l'objet.

7. — La confusion, en matière de titre d'œuvre littéraire ou artistique, peut entraîner pour l'auteur un préjudice qui doit être réparé. Mais doit-on faire intervenir ici l'idée de concurrence déloyale et ne trouve-t-on pas, sans y avoir recours, ou en ne lui laissant qu'un rôle subsidiaire, une protection suffisante dans la loi de 1793 sur la protection littéraire ?

Merlin (1) le pensait. S'emparant des termes de l'article 1^{er} de la loi du 19 juillet 1793, « Les auteurs d'écrits en tous genres... jouiront durant leur vie entière du droit exclusif de vendre, faire vendre, distribuer leurs ouvrages, dans le territoire de la République et l'en céder la propriété en tout ou en partie » il disait : ainsi ce n'est pas seulement la contrefaçon totale qui est réprimée : pour qu'il y ait lieu d'appliquer la loi, une contrefaçon partielle suffit. Et peut-on nier que le titre soit une

1. MERLIN, *Recueil abrégé des questions de droit*, t. VI, *Propriété littéraire*, p. 484.

partie de l'ouvrage? Mais « le titre est ce qui appartient le plus essentiellement à l'auteur : Otez le titre il n'y a plus moyen de l'annoncer au public, plus moyen de le déposer à la Bibliothèque Nationale pour en assurer la propriété, plus moyen de le vendre, ni d'en tirer aucun parti. » Il aurait pu ajouter que le choix du titre n'est pas toujours étranger au succès de l'œuvre et préoccupe souvent gravement l'auteur : qu'à un autre point de vue il est souvent le nom du personnage principal dont l'auteur a dépeint le caractère et qui est sa création même. Bref, comme le dit la Cour d'Orléans (10 juillet 1854) (1). « Le titre d'un écrit en forme une partie souvent importante au point de vue littéraire et toujours indispensable pour spécifier et individualiser l'ouvrage. »

On aperçoit immédiatement au point de vue pratique l'avantage et l'inconvénient d'un tel système, — l'avantage : il n'est pas nécessaire pour obtenir une protection d'établir qu'une confusion puisse se produire, et on comprend l'intérêt légitime d'un auteur à ne pas laisser écrire un roman sous le même titre que son drame ou une chanson sous le même titre qu'une étude politique ; — l'inconvénient : c'est que la protection de la loi de 1793 va trop loin et dépasse son but. Le domaine public ne pourrait acquérir le titre qu'au bout d'au moins cinquante ans quand même l'ouvrage serait oublié, et un auteur pourrait sans intérêt autre qu'un désir de réclame ou une blessure d'amour-propre faire supprimer le titre dont il s'était servi auparavant pour une œuvre dès longtemps

1. DALLOZ, 55, 2, 157.

oubliée si un autre auteur le donnait à un de ses livres.

Il n'est pas étonnant que dans ces conditions les auteurs et la jurisprudence (1) aient abandonné la théorie de l'arrêt d'Orléans et préféré la théorie plus souple de la concurrence déloyale. D'abord, on appliquera les règles générales du domaine public, et notamment en matière de titre de journal, loin d'attendre que cinquante ans se soient écoulés pour détruire le droit du directeur, on dira que conformément aux « usages constants de l'administration et de la société des gens de lettres, tout propriétaire de journal qui est resté un an sans publier un seul numéro doit être considéré comme ayant renoncé au titre de son journal » (Seine, 1^{er} septembre 1874) (2). En ce qui concerne la possibilité d'une confusion, les tribunaux la tiendront en cette matière facilement pour acquise, et lorsque deux œuvres ne seront pas du même ordre, les tribunaux constateront qu'il est injuste qu'un auteur cherche à profiter d'un succès qui n'est pas le sien et montreront la possibilité d'une erreur dans des circonstances accessoires et tout à fait secondaires (3). Ces solutions ne sont peut-être pas absolument juridiques : elles sont sûrement équitables (4).

1. Paris, 25 février 1880, PATAILLE, 80, 219.

2. PATAILLE, 74, 314.

3. Seine, 15 avril 1858. PATAILLE, 58, 223. Seine, 14 février 1873. PATAILLE 73, 168.

4. Cpr., ce que nous avons dit sur la possibilité d'une théorie de la concurrence déloyale n'ayant pas l'article 1382 comme fondement.

CHAPITRE V

DE LA CONCURRENCE DÉLOYALE PAR CONFUSION DANS LES ÉTABLISSEMENTS.

1. Titres d'établissement — 2. Noms patronymiques — 3. Noms de commerçant. — 4. Noms commerciaux. — 5. Cessibilité. — 6. Prescriptibilité. — 7. Raisons de commerce et pseudonymes. — 8. Loi de 1824 : noms commerciaux. — 9. Noms de localité. — 10. Répression civile de la concurrence déloyale en matière de noms — 11. Enseignes. — 12. Eléments complexes de concurrence déloyale. — 13. Commis-voyageurs.

Le mot *firme* en Belgique comme le mot *firma* en Allemagne désigne le nom sous lequel le commerce est fait par une société ou un individu (1). L'expression raison de commerce a-t-elle chez nous un sens aussi étendu et comprend-elle toutes les désignations que l'on donne aux établissements de commerce ? Il est assez difficile de répondre à cette question qui se précise ainsi : les noms de personnes donnés à des maisons de commerce sont-ils des raisons de commerce ?

On ne trouve dans notre législation qu'une seule fois l'expression raison de commerce et la partie de la loi de

1. LYON-CAEN et RENAULT. *Traité de droit commercial*, t. I, p. 172.

1824 où elle se rencontre n'a pas été précédé de travaux préparatoires explicites. M. d'Abancourt qui y fit seule allusion « parut croire que la raison de commerce est généralement constituée par un nom commercial, se perpétuant longtemps après la mort du fondateur comme désignation de l'établissement lui-même (1) ». Pour lui, les noms pouvaient donc être des raisons de commerce. La Cour de Cassation, dans ses observations sur le projet de M. Bozerian, sur les marques de fabrique ou de commerce, le nom commercial, la raison de commerce et le lieu de provenance (2), émettait une opinion diamétralement opposée.

« La raison de commerce est une dénomination, qui, en dehors de tout nom d'homme, distingue et caractérise une maison de commerce (3) ».

La commission du Sénat se gardait d'être aussi catégorique. « La raison de commerce est la dénomination spéciale sous laquelle un établissement industriel ou commercial, une exploitation agricole, forestière ou extractive, sont exploités ». Mais si nous nous reportons au rapport de M. Dietz-Monin, nous voyons que la commission du Sénat pensait en somme à peu près comme la Cour de Cassation. « La commission n'a pas voulu

1. DE MAILLARD DE MARAFY. *Dictionnaire de la propr. indust.* V^e *raison de commerce*, t. VI. 233.

2. *Observation de la C. de Cass. sur le projet Bozerian.* M. DESJARDINS. *Gaz. des Trib.*, 5 mars 1880.

3. Ce projet avait pour but de refondre et de compléter toute la législation en matière de marques et de noms. Il abrogeait notamment les lois de 1824 et de 1857. *Journal officiel. Sénat. Annexes de la session extraordinaire de 1887*, p. 57.

empêcher les noms d'hommes de servir de raison de commerce. Rien ne s'y oppose de prime abord, et si l'emploi ainsi fait de ces noms n'est pas fréquent, on en peut citer quelques exemples. La plupart du temps, il est vrai, ces noms sont ceux d'hommes morts depuis longtemps et que leur illustration a fait choisir mais ce ne sont pas moins de véritables noms ». D'où il faut conclure que, comme la Cour de Cassation, la commission du Sénat pensait que ni le nom du commerçant, ni le nom de son prédécesseur ne sont des raisons de commerce. Il faudrait donc les distinguer, et les observations de la Cour de Cassation établissent que le nom pris comme titre d'établissement doit avoir droit à une protection plus complète et plus absolue que la raison de commerce, qui ne doit être protégée qu'au cas de concurrence déloyale.

Mais si le nom de celui qui exerce un commerce est la désignation la plus naturelle de sa maison en quoi ce nom, devenu titre d'établissement, se distingue-t-il du nom patronymique, quel est le caractère juridique que lui donnera cet emploi ? A l'origine, il sera intimement lié au nom patronymique ; la nature même des services qu'il rend ne tardera pas à lui permettre de s'en détacher et de prendre une existence indépendante et propre. M. Bozèrian a condensé en cette formule l'opposition de leur objet : « Le nom civil est la personnification d'un citoyen, le nom commercial la personnification du commerçant et de l'industriel. Le premier distingue un homme de ses semblables, le second distingue un commerçant ou un industriel de ses concurrents (1). »

1. *Journal Officiel*. Session 1879. Sénat *Annexes*, n° 185.

Sans contester l'exactitude de cette opposition, nous la croyons incomplète. En réalité, c'est trois noms et non deux, qui se trouvent en présence. Prenons un commerçant marié, qui n'a pas fondé sa maison, mais qui exploite le fonds de commerce qu'il a acheté.

Au point de vue civil, nécessairement, et, s'il le désire à tous les autres, il pourra user du nom que lui donne son acte de naissance, mais, en tant que commerçant, il pourra aussi signer, ester en justice, faire tous ses actes commerciaux en ajoutant à son nom celui de sa femme ; enfin il pourra désigner sa maison sous le nom de son prédécesseur. Les définitions de M. Bozerian ne comprennent que les deux premiers noms, celui du citoyen et celui du commerçant, et laissent de côté le troisième, le titre de l'établissement : cependant, dans l'usage, c'est surtout lui qu'on appelle nom commercial.

Nous essaierons d'éviter les erreurs qui peuvent résulter d'une telle confusion en appelant nom patronymique la désignation qui fixe l'individualité civile d'une personne ; nom du commerçant, la dénomination qui fixe l'individualité d'un commerçant, et en réservant le terme de nom commercial à l'appropriation d'un nom actuellement ou autrefois nom patronymique ou nom de commerçant à la désignation, non plus d'une personne, mais d'un établissement ou d'un produit.

Le nom commercial et la raison du commerce se trouvant la désignation générale d'un établissement, il n'est pas étonnant que ce soit par eux que la concurrence déloyale essaie de préférence de créer des confusions.

Mais un établissement se désigne encore à ceux qui vivent dans son voisinage par son enseigne ou même par l'aspect de sa devanture et aux autres par l'envoi de prospectus, de catalogues, etc., ou par la personne de ses commis-voyageurs. C'est là autant d'occasions, pour la concurrence déloyale, de se manifester sous des formes diverses. Nous aurons donc à en dire quelques mots après avoir traité des noms et des raisons de commerce.

2. — Nous avons déjà dit qu'à l'origine d'un nom de commerçant ou d'un nom commercial se trouve toujours un nom patronymique et quelle que soit la séparation qui peut par la suite s'établir, le nom commercial, au point de vue des règles juridiques qui le régissent ne perd jamais complètement le souvenir de son origine : tandis que l'exactitude de la désignation n'est jamais dans les autres matières qui nous occupent une cause d'appropriation, à tel point que, par exemple, en matière de désignation de produits, la dénomination qui indique ce qu'est le produit est même moins protégée que celle qui n'a pas ce caractère de vérité, puisqu'elle tombe immédiatement dans le domaine public, le nom commercial jouit d'une protection spéciale parce qu'il est ou a été le nom d'une personne, le signe de son individualité. Il est donc impossible de traiter du nom commercial sans connaître la législation du nom patronymique.

La législation des noms patronymiques est toute entière inspirée par les deux principes suivants :

1° L'ordre public est intéressé à ce que la personnalité de chaque individu s'incarne dans une désignation fixe : Il y est intéressé au point de vue de l'Etat pour régler les

rapports de chaque individu avec la puissance publique, (élection, répression, etc.); il y est intéressé au point de vue de l'intérêt général, qui veut que chacun puisse facilement reconnaître et désigner les personnes avec lesquelles il traite : le changement « engendrerait des erreurs et faciliterait des fraudes (1). »

2^e Tout individu a un intérêt légitime à ce que son nom ne soit pas usurpé par d'autres, qui viendraient créer une confusion à son préjudice. Sans doute, cette confusion peut exister, plusieurs personnes ayant souvent sur un même nom des droits égaux. Il faut alors la subir, mais chacun a le droit de l'empêcher lorsqu'elle ne se réclame d'aucun droit préexistant.

Le premier point de vue était surtout celui du législateur de la convention puisque la loi du 4 fructidor an II était dans l'esprit de son instigateur Breard dirigée contre les noms d'emprunt (2). Le second a été surtout celui de la jurisprudence, qui, en réprimant les usurpations, n'a jamais négligé de répéter que le nom est une propriété (3). Mais

1. LABBÉ. Note dans SIREY sous le jugement du Trib. de la Seine du 15 février 1882. 81. 2. 21.

2. LALLIER. *De la propriété des noms et des titres*, n. 29.

3. « J'ai dit : la propriété des noms et en effet le nom est une propriété : c'est même, je me hâte de le dire, la plus indiscutable de toutes. Elle ne dépend pas, celle-là, des hasards plus ou moins heureux de la fortune, de la solidité plus ou moins grande des institutions, des changements qui peuvent au gré de mille événements se produire dans la position des familles ou des individus... Le nom est donc une propriété ; c'est, je le répète, la plus certaine de toutes ; c'est en même temps la plus

pour avoir, comme dit M. Labbé, « voulu entourer les noms de famille de l'auréole d'inviolabilité qui appartient à la propriété », n'a-t-elle pas donné une idée inexacte de ce droit? Examinons cette question au point de vue de son usage de sa jouissance et de sa disposition.

Au point de vue de l'usage, l'assimilation est presque absolue. Notons pourtant une différence. Plusieurs personnes peuvent très licitement porter le même nom. Pourrait-on dire qu'elles en jouissent par indivis? Non, certes. L'indivision suppose une certaine dépendance des copropriétaires entre eux, puisqu'à tous, la chose n'offre d'utilité que ce qu'elle pourrait fournir à un seul. Ici, chacun possède, au contraire, un droit complet sur son nom, sauf l'inconvénient d'une confusion possible. Mais en somme au point de vue de l'usage le droit d'une personne sur son nom est très exactement comparable à un droit de propriété.

Mais en ce qui concerne la jouissance et la disposition, les différences entre le droit d'une personne sur son nom et le droit de propriété sur une chose s'accuse d'avantage. C'est évidemment une idée sur laquelle il ne saurait être utile d'insister que la jouissance du nom, en tant qu'elle ne se confondrait pas avec l'usage, n'existe pas. Il ne saurait être question de fruits naturels et les motifs qui s'opposent à la libre disposition des noms empêchent

inviolable et la plus sacrée. Conclusions de M. l'avocat général Benoist, Moët et Chandon », société Moët et Cie, Paris, 7 août 1874. Le nom patronymique est la propriété la plus intime, la plus nécessaire et la plus imprescriptible. Paris, 13 août 1875. Aff. Howes.

qu'on puisse en retirer des fruits civils, en le louant par exemple (1).

On ne saurait librement disposer de son nom. Nous avons indiqué l'utilité générale de la fixité des noms et une convention particulière ne saurait aller à l'encontre de la loi qui s'est moins attachée à donner à chacun le droit que l'obligation de porter son nom.

Les moyens d'acquisition d'un nom sont la naissance (et la reconnaissance), le mariage (2), l'adoption, l'autorisation de changer de nom. On voit que dans les trois premiers cas, il y a bien sans doute volonté de la part de celui qui donne son nom de le transmettre, mais volonté présumée résultant d'un acte plus important, dont la concession du nom n'est que l'accessoire; dans le dernier cas, le plus souvent l'autorisation de changement du nom sera l'enregistrement de la volonté d'un donateur ou d'un testateur désireux de ne pas laisser s'éteindre son nom et ayant fait, de son acquisition, la condition d'une donation ou d'un legs. Ainsi, le nom n'est jamais directement l'objet d'une vente ou d'une cession et comme on ne peut faire indirectement ce qu'il n'est pas permis de faire directement, le nom n'est pas plus prescriptible que cessible.

Faut-il donc rejeter toute assimilation entre le droit au nom et la propriété, comme le fait notamment M. Mau-

1. Nous n'envisageons le nom qu'autant qu'il sert à la désignation d'une personne. Cpr. Paris, 18 avril 1888. BERT, 88, 331.

2. On l'a contesté bien à tort : La femme prend le nom de son mari tout en conservant le sien. Comme le fait remarquer M. Louis Thiénot (*Revue Critique*, 47^e année, p. 378. *Régime de*

noury (1) : 1° Il faut d'abord remarquer que le droit que l'on a sur son nom correspond au moins à la définition que l'on donne des droits réels. « Ce sont ceux, disent MM. Aubry et Rau (2), qui créant un rapport immédiat entre la chose et la personne au pouvoir de laquelle elle se trouve soumise d'une façon plus ou moins complète, sont par cela même susceptibles d'être exercés non pas seulement contre telle personne déterminée mais envers et contre tous. » Le droit au nom est donc un droit réel ; 2° Si on compare le droit au nom aux autres droits réels organisés par le Code civil, c'est avec la propriété qu'il présente les plus grandes analogies.

3. — Un usage très répandu s'est formé parmi les com-

la séparation de corps), le bon sens suffit à l'indiquer. « Aucun texte de loi, il est vrai, n'oblige la femme à porter le nom de son mari, mais la raison en est qu'un texte sur ce sujet a paru inutile. Il est impossible d'admettre qu'une femme se marie sans prendre le nom de son mari, c'est une conséquence du mariage pendant lequel la femme se trouve associée complètement à la position et aux honneurs de son mari. » Aujourd'hui c'est une conséquence de l'article 299 C. C. *a contrario* : « Par l'effet du divorce chacun des époux reprend l'usage de son nom. » Certaines décisions judiciaires antérieures l'avaient déjà décidé. « Attendu que ce droit qui compète au mari de son estoc propriétaire du nom est encore ouvert à l'épouse qui, en se mariant, prend celui du chef de la communauté conjugale, tout en conservant le sien propre. DALLOZ, *Suppl.*, t. XI, en note. Poitiers, 8 décembre 1863.

1. MAUNOURY. *Du nom commercial*, n. 1.

2. AUBRY et RAU, t. 11, n. 172.

merçants mariés d'ajouter à leur nom celui de leur femme. C'est sous ce nom que beaucoup d'entre eux font tous les actes de la vie commerciale.

Et c'est ainsi qu'un arrêt de Poitiers du 8 décembre 1863 a pu, en même temps, qu'il faisait défense à un mari de porter et d'adjoindre à son nom celui de sa femme « dans tous les actes de la vie civile », refuser de prononcer la même défense « dans les opérations de commerce, signatures de commerce et marques de marchandises » (1).

Ce droit qui s'est formé peu à peu, et qui a presque été consacré par la loi du 6 février 1893, ajoutant à l'article 311 du Code civil. « Dans le cas où le mari aurait joint à son nom le nom de sa femme, celle-ci pourra également demander qu'il soit interdit au mari de le porter » ne doit cependant pas légitimer des abus. Si cette adjonction a pour seul but de créer une confusion, il appartient aux tribunaux de prescrire les mesures nécessaires pour l'éviter (2). Faut-il aller plus loin et dire avec M. Bert (3) « que les membres de la famille de la femme commerçants ou non auraient le droit d'interdire cet emploi de leur nom s'il ne se trouvait pas suffisamment justifié par les circonstances. » Pourquoi ? Sans doute on voit bien qu'un préjudice moral peut être causé à une famille par la façon dont le nom sera porté, par exemple, au cas de faillite du mari, mais le préjudice ne sera pas plus grand

1. DALLOZ. *Suppl.*, XI, 41.

2. Limoges 21 janvier 1888. DALLOZ, 88-2-27.

3. BERT. *De la concurrence déloyale*, n° 30.

qu'au cas où le nom sera compromis par une personne de la famille tenant son nom de sa naissance. L'usage est parfaitement établi et nul ne peut se méprendre sur la signification de ce double nom : aucune confusion fâcheuse ne peut donc exister à cet égard.

Le nom du commerçant qui peut encore renfermer un ou plusieurs prénoms obéit en somme aux mêmes règles que le nom patronymique. Puisqu'il désigne une personne, qu'il fixe une identité on ne comprendrait pas qu'il pût être prêté ou cédé. C'est une controverse sur laquelle nous n'avons pas à prendre parti de savoir s'il peut constituer un apport dans une société.

4. — Nous avons vu que le nom commercial était l'appropriation d'un nom à la désignation d'un établissement ou d'un produit. La désignation nominale de l'établissement en particulier pourra devenir encore plus complexe que le nom du commerçant.

Elle pourra notamment contenir la date de la fondation de la maison. Elle pourra comprendre le nom du prédécesseur et cela de diverses façons : soit qu'il soit mis en vedette comme la désignation de la maison : ce n'est alors que la forme la plus naturelle de la cession du nom commercial que nous étudierons au paragraphe suivant et c'est même lui qui constitue alors la partie essentielle du nom commercial ; soit qu'il suive le nom du négociant en indiquant de qui il est successeur.

Elle pourra comprendre la qualité d'ancien élève ou d'ancien ouvrier de tel maître ou de tel patron.

Ce droit n'a pas passé sans controverse. Il était même à une certaine époque généralement admis qu'il y avait

lieu d'admettre la distinction suivante, fondée sur une prétendue interprétation de la volonté des parties : l'ancien élève pouvait indiquer son ancien maître ; l'ancien ouvrier ne pouvait indiquer son ancien patron. En effet, disait-on, l'élève reçoit des leçons, et il est juste et sans danger qu'il puisse faire connaître de qui il les a reçues. Entre le patron et l'ouvrier au contraire, la rupture du contrat de louage détruit toutes relations. Sans doute l'ouvrier par son talent a pu aider à la réputation commerciale de la maison ; l'ouvrier garde son talent et le patron la réputation : décider autrement ce serait admettre que l'ouvrier en dehors de son salaire a droit à une part de ce bien estimable en argent : la notoriété de la maison.

La Cour de Cassation (1) a sagement écarté ces distinctions, « attendu que c'est au point de vue de la liberté de l'industrie et de la concurrence loyale qu'il faut apprécier le fait de l'ancien employé, qui, en invoquant ses propres antécédents professionnels pour s'en faire un titre à la confiance publique ne viole par là aucun des principes du louage d'ouvrage ».

Au reste comme l'avait spirituellement fait remarquer la Cour de Paris (2), le patron n'a pas à se plaindre puisque, se vanter d'avoir été son employé, c'est rendre hommage à la situation de sa maison.

1. Cass. 23 juin 1891. DALLÔZ, 91, 1, 363. Malgré une décision du Trib. de la Seine du 3 nov. 1892. PATAILLE, 94, 116, on peut considérer cette jurisprudence comme aujourd'hui constante.

2. Arrêt du 4 août 1890. Seulement dans l'espèce l'argument ne portait peut être pas très bien. Il s'agissait d'un tailleur plaidant contre deux de ses anciens ouvriers dont l'un avait été

Il convient pourtant d'apporter là encore quelques restrictions et de faire la part de la concurrence déloyale. L'arrêtiste du Dalloz à propos de l'arrêt précité en indique quelques cas : « Tantôt la prise de qualité d'ancien ouvrier, très postérieure à la fondation de la maison, n'intervenait qu'au moment où la maison changeait de mains (1), ou bien l'ex-employé se disait frauduleusement le représentant de la maison de son ancien patron (2), se présentait au public comme possesseur de secrets de fabrication (3), où s'attribuait l'honneur des travaux de cette maison ».

5. — Le nom commercial peut-il être cédé (4)? Délimitons d'abord la portée de la question. Il ne s'agit pas de savoir si une personne pourra faire le commerce sous le nom d'un autre. Nous avons dit que le nom du commerçant était soumis aux mêmes règles que le nom patronymique et comme tel incessible. Jamais par exemple un commerçant ne pourra citer en justice ou même simplement signer ses lettres sous un nom d'emprunt (Seine, 11 octobre 1876) (5). Mais peut-il acheter un nom pour en faire, soit le titre de son établissement, soit la désignation de ses produits?

coupeur et l'autre essayeur. Rappelez les occupations qu'ils avaient eues, c'était donc, à raison de l'importance de leur rôle dans la maison, essayer directement d'enlever la clientèle de leur patron.

1. Paris, 4 mai 1863. PATAILLE, 63, 173.

2. Paris, 26 août 1864. PATAILLE, 64-415.

3. Trib. Seine, 20 juin 1854.

4. Trib. Seine, 22 janvier 1857. LE HIR, 58, 2, 251.

5. PATAILLE, 77, 223.

Avant de prendre parti examinons les solutions que la doctrine et la jurisprudence ont données à cette question.

Et d'abord, le nom peut-il être cédé avec le fonds de commerce ? Auteurs et arrêts répondent affirmativement : c'est un usage constant et dont les avantages au point de vue de la transmission de la clientèle sont évidents. « Le nom, dit un arrêt de Nancy du 22 février 1859 (1), tient à l'établissement et à son achalandage et se transmet avec la clientèle. » Poussant cette idée jusqu'à ses dernières conséquences, la jurisprudence n'a pas hésité à maintenir ce droit, même en face du cédant qui se serait réservé le droit de se rétablir et a décidé qu'il ne pouvait appeler de son nom la maison qu'il viendrait, s'en étant réservé le droit, à fonder par la suite (Caen, 13 décembre 1853) (2). Le cédant se dépouille donc irrévocablement, mais quel droit acquiert au juste le cessionnaire ? Il n'aura pas le droit de maintenir sur ses enseignes, prospectus, etc. le nom purement et simplement mais il devra le faire précéder du mot : Maison ou bien suivre de son nom et du mot : successeur (Paris 7 janvier 1875) (3). Un amendement avait été présenté lors de la discussion de la loi de 1857 qui pour les marques eût formellement établi ce principe. Il était ainsi conçu : « Nul ne peut faire usage d'une marque à lui cédée et comprenant le nom d'un fabricant ou d'un commerçant s'il n'ajoute à cette marque son propre nom suivi du mot : successeur »

1. PATAILLE, 59, 94.

2. SIREY, 54, 2, 398.

3. PATAILLE, 76, 252.

Le rejet de cet amendement peut donner lieu à certaines difficultés quand il s'agit d'un nom devenu marque, c'est-à-dire d'un nom sous une forme distinctive, mais en matière de titre d'établissement ou de désignation de produit le droit est certain et les tribunaux n'hésitent jamais à condamner aux adjonctions que nous avons indiquées les commerçants, qui voudraient employer purement et simplement le nom de leur prédécesseur.

Et maintenant le nom peut-il être cédé en dehors d'une vente de fonds de commerce.

Les circonstances dans lesquelles cette question s'est le plus fréquemment posée devant les Tribunaux n'étaient pas faites pour les porter à donner gain de cause à ceux qui prétendaient se prévaloir d'une cession. C'est, par exemple, un tonnelier (Paris, 19 mai 1865) (1) ou un charpentier (Besançon, 30 novembre 1861) (2) qui prêtent ou cèdent leurs noms à un fabricant de pipes. Ici, la fraude, la volonté de faire employer des moyens frauduleux pour faire concurrence étaient manifestes, et quand même on admettrait en thèse générale que la vente du nom seul soit possible, encore devrait-on interdire de semblables marchés sous quelques formes qu'ils viennent à se présenter.

Au contraire, la Cour de Paris dans un arrêt du 18 avril 1888 (3) a posé le principe suivant : « Si le nom patronymique est de son essence incessible, ce n'est qu'en tant qu'il est pris comme désignation individuelle au point de vue de l'état des personnes, mais il peut être cédé en

1. SIREY, 65, 2, 158.

2. SIREY, 62, 2, 342.

3. BERT, 1888, 331.

dehors de toute question d'état, au point de vue de l'usage industriel et commercial qui peut en être fait. » C'est qu'ici les situations étaient pour ainsi dire renversées ; un commerçant prétendait avoir l'usage du nom d'un tiers et le défendait contre l'usurpation qu'en faisait un de ses concurrents : la bonne foi était de son côté.

La Cour de Cassation dans ses observations sur le projet Bozerian se prononçait très énergiquement pour la validité de la cession du nom indépendamment de toute vente de fonds de commerce : Son rapporteur s'exprimait en ces termes : « La Cour a encore une observation à faire sur l'article 4 d'après lequel la propriété des noms et des raisons de commerce ne pourrait être cédée séparément de la maison qu'ils servent à désigner. Pourquoi interdire à un industriel d'autoriser une autre maison à se servir de son nom. L'établissement commercial et le nom commercial ne sont pas indivisibles. On se sert de l'expression propriété du nom. Ne serait-ce pas restreindre cette propriété que d'empêcher un commerçant de céder à un autre le droit d'user de son nom. La loi n'a pas à intervenir dans des cessions de ce genre. S'il plaît à Jean-Marie Farina tout en conservant l'exploitation de sa maison d'autoriser d'autres fabricants à inscrire sur leurs produits le nom de Jean-Marie Farina pourquoi ne le pourrait-il pas ? La loi sur les brevets d'invention autorise bien l'inventeur à accorder des licences de fabrication, quel danger résulterait donc de ce qu'un négociant pourrait vendre son fonds à un acquéreur en se réservant son nom commercial, qu'il céderait ensuite à un autre acquéreur ? ».

La majorité des auteurs cependant, et notamment MM. Waelbroeck (1), Mayer (2), Maunoury (3) se prononcent contre cette solution. M. Lyon-Caen (4) a très exactement résumé l'opinion contraire à celle qu'exprimait M. Arthur Desjardins : C'est « un principe que nous croyons exact bien qu'à la vérité il ne soit pas formellement proclamé par nos lois, qui, du reste, n'ont pas traité de la propriété du nom commercial en général, que le nom ne peut pas être cédé isolément du fonds de commerce auquel il se rattache. Une cession isolée ne peut que favoriser la concurrence déloyale. »

Nous croyons qu'il faut tout d'abord et sans hésiter rejeter la distinction proposée par les auteurs que nous venons de citer.

Très loyalement, M. Lyon-Caen reconnaît qu'elle n'est établie par aucun texte de loi, et ce n'est évidemment pas un critérium juridique suffisant pour l'établir que la constatation que dans un cas les fraudes seront rares et dans l'autre fréquentes : dans un cas comme dans l'autre, quand la cession n'aura pour but que la création d'une confusion frauduleuse elle ne saurait fonder aucun droit. Enfin on ne saurait dire que la cession du nom est l'accessoire nécessaire de la cession du fonds de commerce puisque personne ne conteste à un commerçant qui cède son fonds le droit de stipuler expressément qu'il ne cède

1. VAELEBROECK. *Cours de droit industriel*, n. 56.

2. MAYER. *De la concurrence déloyale et de la contrefaçon*, n. 22.

3. MAUNOURY, n. 24.

4. SIREY, 78, 1, 289.

pas son nom. C'est donc, même quand la cession du nom et celle du fonds de commerce ont lieu simultanément, deux droits distincts qui sont cédés.

Il convient au surplus de débarrasser la discussion d'une impression qui ne peut du reste pas être une raison de décider : A l'égard de l'usage que le successeur fait du nom de son prédécesseur, la question n'a pas toute l'importance que l'on pourrait, à première vue, supposer : si en effet le successeur ne pouvait se prévaloir du nom de celui qui lui a cédé son fonds en qualité de cessionnaire, tout au moins pourrait-il s'en prévaloir comme exprimant un fait exact et avantageux pour lui. Comme le dit la Cour de Paris (24 avril 1834) (1) : une énonciation vraie en elle-même, affirmant l'existence d'une qualité inhérente à la personne qui se l'attribue, ne peut être reprochable. Et l'acheteur pourrait se dire successeur d'un tel comme il aurait le droit de rappeler de quel patron il a été l'ouvrier ou de quel maître il a été l'élève. Il puiserait dans ce principe le droit qu'il ne pourrait demander à une vente : dans presque toutes les hypothèses, on arriverait aux mêmes solutions.

Cette distinction écartée et le débat se trouvant ainsi délimité nous nous trouvons en présence de ces deux solutions entre lesquelles il faut choisir, toute question de fraude mise à part bien entendu : la cession du nom pour un emploi industriel est permise ou elle ne l'est pas.

Le principe général dont il faut faire application est posé dans l'article 1598. « Tout ce qui est dans le com-

1. SIREY, 34, 2, 262.

merce peut être vendu, lorsque les lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation. » Qu'aucune loi ne prohibe l'aliénation du nom commercial, on est d'accord sur ce point. On ne saurait trouver de texte à cet égard que ceux qui ont trait au nom patronymique et la raison qui a fait poser la règle, l'intérêt qu'il y a à la fixité du signe de l'individualité d'une personne ne se retrouve pas en notre matière.

Toute la question est donc de savoir si le nom commercial est dans le commerce. Pourquoi ne s'y trouverait-il pas? N'est-il pas en somme un signe de ralliement de la clientèle! Pourquoi le traiter autrement que la marque qui en est un autre!

Mais dit-on: le client sera lésé si on le trompe, si on lui fait croire qu'il achète chez une personne dont le nom est pour lui une garantie alors qu'il achète chez une autre.

En sera-t-il bien toujours ainsi. Dans l'espèce que nous avons rapportée Mme Sarah Bernhardt avait consenti à être comme elle écrivait « la marraine d'un produit » de parfumerie, pourquoi n'aurait-elle pas pu consentir à être la marraine d'un établissement? Et si le commerçant à la tête d'un établissement réputé, correspondant si l'on veut à un type nouveau de maison, au lieu d'ouvrir des succursales, permet à des employés qu'il connaît et qu'il apprécie de fonder sous son nom des établissements du même type, établissant ainsi entre les uns et les autres un lien qui lui fait accepter vis-à-vis du public une sorte de responsabilité morale, en quoi l'acheteur qui va à ces établissements sera-t-il plus trompé que celui qui irait à son

successeur, si celui-ci avait laissé sur son enseigne le nom de son vendeur ? Pourquoi un savant ne pourrait-il consentir à un établissement le droit de porter son nom (1) ? La question à ce point de vue se rapproche étroitement de celle de savoir si dans une société le nom seul peut constituer un apport.

Au reste, ce n'est pas aux partisans de l'opinion du droit pour le commerçant de céder son nom à prouver que dans certaines hypothèses elle n'aura rien de frauduleux ; c'est aux adversaires de cette opinion à apporter une raison générale de décider la prohibition de cette cession : elle n'existe pas. Par elle-même, la cession n'est donc jamais interdite. La fraude seule, qu'elle peut être destinée à organiser, pourrait la faire annuler.

6. — La question de la prescriptibilité du nom commercial n'est pas moins délicate : M. Desjardins, dans les Observations de la Cour de Cassation sur le projet Bozerian, examine l'hypothèse suivante. « Si le nom patronymique, si le nom qui appartient à chaque citoyen dans la vie civile, est et doit être imprescriptible, il n'en est pas de même du nom commercial. On comprend qu'il ne peut pas être permis à un individu de prendre pour tous les actes de la vie civile, le nom qui appartient à un autre citoyen, et que s'il a commis cette usurpation pendant trente ans, il ne puisse pas avoir acquis le droit de porter le nom qu'il s'est attribué. Mais voici un nom qui est

1. Cpr. Paris, 12 janvier 1874. Liebig consentant à la compagnie Guilbert moyennant des redevances pécuniaires l'usage exclusif de son nom (DE MAILLARD DE MARAFY. T. V, p. 197.

resté sur une maison de commerce, sur la porte d'un magasin, quoique le fondateur de cette maison se soit retiré des affaires ou qu'il soit mort peut-être depuis longtemps; cette maison a été plusieurs fois vendue. Des successeurs portant des noms divers l'ont successivement exploitée, mais en laissant toujours subsister comme désignation commerciale le nom du fondateur. Si ce nom a été pris comme enseigne par une autre maison de commerce, si elle en a conservé l'usage pendant trente ans, pourquoi ne pourrait-elle pas avoir prescrit le droit de s'en servir. Certes, sous le rapport civil, la propriété des noms devra continuer à être imprescriptible, puisqu'elle est hors du commerce, car elle s'identifie avec l'individu qui ne peut l'abdiquer, ni en être exproprié. Au contraire, ce qui est dans le commerce peut être cédé et ce qui peut être abandonné peut être prescrit. Le nom commercial doit donc pouvoir être prescriptible » (1).

La question se posera presque toujours ainsi lorsqu'il s'agira de titre d'établissement, et la solution que lui donne M. Desjardins s'impose à ceux qui admettent la cessibilité du nom; mais souvent aussi, et notamment lorsqu'il s'agira de dénomination de produits, elle sera soumise à des principes tout à fait différents. Dans presque toutes les hypothèses où la jurisprudence a eu à statuer, celui qui invoquait la prescription ne disait pas : « J'ai usé d'un nom pendant trente ans; pendant trente ans, on a eu une action contre moi pour me forcer, on a eu une action pour me contraindre à cesser cet usage, on

1. *Gaz. des Trib.*, 5 mars 1880.

n'y a pas eu recours ; or, aux termes de l'article 2262, toutes les actions tant réelles que personnelles sont prescrites par trente ans. » La prétention était celle-ci : Le nom est devenu la dénomination nécessaire de l'objet ; il est tombé dans le domaine public, et du jour où il y est tombé, chacun a eu le droit d'en user. Et comme exemple de noms d'hommes devenus dénominations nécessaires d'objets, on cite généralement Bretelle, Quinquet, et plus récemment Châles-Ternaux (Paris, 18 novembre 1868) (1) et Chausson-Gaillard (Amiens, 14 janvier 1887) (2). Mais dans de semblables hypothèses, est-il bien question de prescription ?

Lorsqu'il s'agit de dénominations, le domaine public comprend tout d'abord les dénominations nécessaires : un nom d'homme ne peut jamais par lui-même être une dénomination nécessaire. Le domaine public comprend ensuite les dénominations qui sont dans le domaine public parce que les commerçants y ayant droit ont renoncé à en user. Les choses ne se passent pas avec la même simplicité en matière de nom ; car celui qui cesse de s'en servir comme nom commercial ; le garde comme nom patronymique ; il n'y aura donc qu'un cas où le nom tombera dans le domaine public, c'est lorsqu'il lui aura été volontairement abandonné. La Cour de Paris a très nettement posé ce principe. Le tribunal de la Seine (26 juillet 1870) avait décidé que le nom de Liebig était tombé dans le domaine public, « attendu que le baron

1. PATAILLE, 69, 90.

2. *Journ. Amiens*, 87, 257.

Liebig, après avoir attaché l'honneur et, comme on dit, la gloire de son nom à la vulgarisation du procédé qu'il a eu le mérite et le bonheur de découvrir, ne peut pas aujourd'hui ressaisir au profit d'un intérêt mercantile ce qu'il avait abandonné à la société dans un intérêt d'humanité ». La Cour de Paris (12 janvier 1874) a réformé ce jugement en constatant « qu'un tel abandon ne se présume pas et qu'il doit être prouvé d'une façon, soit expresse soit tacite, mais dans l'un et l'autre cas placé au-dessus de toute équivoque ». Ainsi c'est par l'abandon volontaire du nom que se forme le domaine public. Si au lieu de faire connaître sa volonté, la personne qui possède le nom laisse passer trente ans sans protester contre les usurpations, ce silence devra-t-il être considéré comme un abandon tacite ? C'est là une pure question de fait à laquelle les règles de la prescription sont étrangères.

7. — A côté du nom commercial il faut placer la raison de commerce. Elle est aussi un titre d'établissement.

Il arrive en effet souvent que des personnes qui ne veulent pas donner leur nom à leurs maisons de commerce soit pour suivre l'usage de leur profession, soit dans l'idée qu'une dénomination plus sonore, plus commode à retenir, plus spécialement appropriée à leur métier, appellera et retiendra plus sûrement la clientèle, la désignent sous un nom de fantaisie ; c'est ce nom qui constitue la raison de commerce.

On voit qu'il n'y a aucun rapport entre la raison de

commerce et la raison sociale qui est le signe de la personification d'une société ; dans les sociétés en nom collectif et en commandite elle est formée des noms de tous les associés qui concourent à l'administration, ou de quelques-uns d'entre eux, suivis des mots et Cie. Les sociétés anonymes n'ont pas de raison sociale : elles se désignent par l'objet de leur entreprise. Du reste les sociétés commerciales tout comme les particuliers peuvent avoir des raisons de commerce. En résumé, si on admet notre distinction entre les noms commerciaux et les noms de commerçants, les raisons de commerce jouent le rôle des premiers et les raisons sociales celui des seconds.

Moins absolue et plus délicate est la différence qui sépare la raison de commerce de l'enseigne :

« L'enseigne n'est qu'un signe apparent extérieur pouvant consister aussi bien en un ou plusieurs noms qu'en un ou plusieurs signes ou emblèmes : elle est appliquée sur la maison même de l'industriel ou du commerçant et n'a qu'un effet purement local. — La raison de commerce est, au contraire, nécessairement une appellation servant à désigner non seulement aux yeux du passant, mais aussi, et surtout à ceux des consommateurs éloignés l'existence d'un établissement. Elle rayonne partout à l'égal du nom commercial lui-même » (1) !

Ces différences ont été quelquefois méconnues et cette confusion tient à ce que les mêmes mots forment souvent

1. DIETZ-MONIN, *Journal Officiel*. Sénat, *Annexes*, Session 87, p. 73.

tout à la fois l'enseigne et la raison de commerce d'une maison.

Même dans ce cas il importe de les distinguer ; car, différentes dans leurs objets, elles ont droit à une protection différente de la part des tribunaux. Nous examinerons plus loin les règles juridiques qui régissent l'enseigne. Notons seulement que puisque l'enseigne n'a « qu'un effet local », elle n'est protégée que dans la ville où elle est prise, tandis que la raison de commerce allant trouver par les factures, prospectus, etc., le client aussi loin que s'étend la clientèle, se trouve protégée dans toute la zone où le commerçant fait des affaires.

M. Lyon-Caen (1) a très nettement mis en lumière la raison d'être de cette différence. « On comprend fort bien que le droit de propriété de la marque de fabrique ou de commerce ait une étendue que n'a pas le droit de propriété de l'enseigne. L'enseigne est attachée à un établissement situé dans un endroit déterminé. Dès que l'établissement auquel est appliquée l'enseigne usurpée est suffisamment distant, et que celui dont l'enseigne est usurpée n'a pas une clientèle dans la localité où est situé le premier, la différence même des lieux est un obstacle aux confusions. On ne peut dire la même chose des marques opposées sur les produits qui sont transportés au loin et vendus sur les marchés les plus divers, de telle sorte qu'on ne peut guère distinguer des marchandises portant une même marque malgré les établis-

1. CH. LYON-CAEN, note sous Cass. 17 janvier 1894. *Sirey*, 94. 1. 433.

séments différents d'où elles proviennent. Cette dernière considération a une valeur identique pour les marques emblématiques et pour le nom ou la raison du commerce apposés sur des produits. » Fondée en raison, la différence de traitement entre les enseignes et les raisons de commerce ne l'est pas moins en droit « on ne saurait dire en matière de raison de commerce comme en matière d'enseigne qu'il y a là un droit protégé seulement en vertu de l'article 1382 et 1383 C. civ., de telle sorte qu'en l'absence d'un dommage subi ou possible il n'y a pas d'action. La raison de commerce, en tant qu'elle est apposée sur des produits, est protégée par la loi pénale du 28 juillet 1824. Si l'on induit, sans qu'il y ait jamais eu de contestation à cet égard, des termes généraux de la loi de 1857 que le droit de propriété des marques apposées sur des produits est absolu, pourquoi ne tirerait-on pas la même conclusion de la loi de 1824 (1) ».

La protection a donc la même étendue que celle qui

1. La tendance de la jurisprudence la plus récente de la Cour de Cassation semble être cependant la suppression de la distinction pratique qui, d'après nous, sépare la raison de commerce de l'enseigne. Si en effet on admet d'une part, que « la propriété d'une enseigne est une propriété relative, limitée par l'intérêt réel et sérieux du négociant qui se l'est approprié », (Cass., 20 février 1888), formule qui peut protéger l'enseigne en dehors de la localité où elle est prise, et d'autre part que « il ne peut y avoir usurpation d'une raison de commerce qu'autant que celle-ci a été reproduite dans de telles conditions d'identité ou de similitude qu'il en puisse résulter une confusion

est accordée aux dénominations d'objets, et du reste en général les règles régissant les deux matières sont identiques. Pour les unes comme pour les autres, le droit naît de la priorité dans l'occupation d'un vocable; le domaine public se détermine de la même façon; l'imitation est aussi bien réprimée que la reproduction littérale.

Le pseudonyme joue un rôle intermédiaire entre le nom et la raison de commerce puisqu'il est un nom de fantaisie. Au nom, il ressemble non seulement par sa forme, mais encore par le rôle qu'il joue : il ne sert pas seulement de titre à un établissement mais véritablement de nom au commerçant puisque par exemple il en usera pour signer. A la raison de commerce, il ressemble en ce qu'il n'a pas son origine dans un nom patronymique et qu'ainsi il est la propriété de celui qui le crée sans transmission familiale possible.

Il faut, devant un usage séculaire et une jurisprudence constante, tenir pour tranchée la question de savoir si la loi du 6 fructidor an II disposant qu'aucun citoyen ne pourra porter de noms ni de prénoms autres que ceux exprimés dans son acte de naissance, est applicable aux pseudonymes commerciaux et la résoudre négativement. On peut du reste — c'est même l'opinion dominante — soutenir que d'une façon générale la loi du 5 fructidor an II a été abrogée par celle du 28 mai 1858, qui, modifiant l'article 259 du Code Pénal punit les usurpations,

entre la maison créatrice de cette raison de commerce et celle qui en a fait postérieurement usage » (Cass., 7 janvier 1894), il n'y a plus de raison juridique de distinguer l'enseigne de la raison de commerce.

changements ou altérations de noms commis dans le but de s'attribuer une distinction honorifique.

Mais quelle sera l'étendue de la protection accordée au pseudonyme ? Sera-t-il protégé à l'égal d'un nom ou à l'égal d'une raison de commerce. La Cour de Paris (12 décembre 1857) (1) et la Cour de Cassation (6 juin 1859) (2), semblent avoir adopté la première opinion : Deux frères se disputaient la priorité du pseudonyme : Nadar. L'un avait la priorité de son usage d'une façon absolue : il l'avait créé. L'autre avait la priorité de son usage dans le commerce qu'ils exploitaient l'un et l'autre, s'en étant servi comme photographe à une époque où son frère s'occupait encore de lettres. Quel était celui des deux qui pouvait interdire l'usage du pseudonyme à l'autre. En faisant triompher le droit du premier la jurisprudence a admis que le droit d'un commerçant sur un pseudonyme est plus étendu que celui qu'il peut avoir sur une raison de commerce, puisque celui-ci est limité à l'industrie où il en est fait usage.

8. — Maintenant que nous avons suffisamment déterminé ce que sont le nom commercial et la raison de commerce, il nous faut montrer quel est le rôle de la concurrence déloyale en ces matières et comment elle est réprimée.

Mais nous nous heurtons immédiatement à une difficulté de même ordre que celle que nous avons rencontrée en matière de marque : une loi pénale a fait sortir du

1. PATAILLE, 58, 83.

2. PATAILLE, 89, 214.

droit commun tout une catégorie de fraudes dont elle a fait des délits. Bien que l'étude de la loi de 1824 ne fasse pas partie de notre sujet il nous faut donc uniquement pour délimiter le champ d'application de la théorie de concurrence déloyale en notre matière, indiquer quels sont les cas qui se trouvent régis par le droit d'exception que crée la loi sur les noms, échappe à la théorie plus générale que nous étudions.

La loi des 28 juillet-4 mars 1824, punit des peines de l'article 423 du Code Pénal, c'est-à-dire d'un emprisonnement de trois mois à un an et d'une amende dont le minimum est de 50 francs et le maximum du quart des restitutions et dommages-intérêts, quiconque aura fait apparaître sur un objet fabriqué par addition, retranchement ou altération quelconque, le nom ou la raison du commerce d'un fabricant autre que celui qui en est l'auteur, ainsi que les marchands commissionnaires et débitants qui les exposent sciemment en vente ou les mettent en circulation.

La première observation à présenter c'est que la loi dit : apposition sur un objet fabriqué. D'où il suit que toute usurpation d'un nom qui n'a pas lieu par voie d'apposition sur l'objet vendu échappe à la répression. Ainsi la loi de 1824 ne réprime jamais l'usurpation d'un nom dans une réclame, une annonce, un prospectus, une enseigne, etc. Mais il ne faut pas exiger que le nom soit incorporé dans l'objet même : il suffit qu'il apparaisse sur cet objet et par exemple sur l'enveloppe qui le recouvre. On discute seulement la question de savoir si la loi est applicable lorsque le nom usurpé est apposé sur une enveloppe dissimulée sous une seconde enveloppe ne

portant aucun nom. La jurisprudence paraissait nettement fixée dans le sens de l'existence du délit dans cette hypothèse, mais la Cour de Cassation (5 août 1890) (1) s'est prononcée en sens contraire. Nous préférons la jurisprudence antérieure : d'une part on est bien dans les termes de la loi : apposition sur un objet fabriqué, et d'autre part, le fait de recouvrir cette enveloppe d'une seconde enveloppe ne portant aucun nom ne saurait avoir plus d'effet que le fait de recouvrir d'une enveloppe blanche l'objet sur lequel le nom est directement apposé ; or, dans ce cas l'existence du délit ne fait doute pour personne.

Il importe aussi de noter que les mots : apposition d'un nom autre que celui du fabricant qui en est l'auteur exclut de l'application de la loi tous ceux qui ont un droit (2) sur le nom qu'ils ont apposé sur leurs produits. Ainsi tous ceux qui profitent d'une homonymie pour faire une concurrence déloyale ne tombent pas sous l'application de la loi de 1824.

Enfin la loi employant toujours les mots « fabrique, fabrication » a naturellement soulevé les deux questions suivantes : s'étend-elle aux commerçants ? s'applique-t-elle aux objets fabriqués.

Et tout d'abord protège-t-elle les commerçants ? M. Pouillet n'hésite pas à l'affirmer : « De ce que la loi a statué sur le cas le plus ordinaire il ne s'ensuit pas qu'elle n'ait pas compris dans ces termes l'espèce qui nous occupe. »

1. PATAILLE, 93, 257.

2. Un jugement du tribunal de la Seine (29 janvier 1879. PATAILLE, 79, 313) dit même une apparence de droit.

La jurisprudence n'a pas admis cette manière de voir. Un arrêt d'Orléans du 20 février 1882 (1) en donne les raisons qui nous semblent péremptoires : « Considérant que les termes de l'article 1^{er} de la loi du 28 juillet 1824 sont formels et précis, que les expressions qui s'y rencontrent de fabricants, objets fabriqués, fabriques, fabrication, indiquant manifestement que la loi ne peut être invoquée que par le fabricant ; qu'étant une loi pénale, elle doit être interprétée restrictivement ; qu'enfin les motifs de cette loi ne sont pas moins décisifs que ses termes et démontrent qu'elle n'a entendu protéger que les fabricants. »

Les mêmes raisons devaient conduire facilement à décider qu'en principe les produits naturels ne sont pas protégés par la loi de 1824. Mais l'article 1^{er} du protocole de clôture de la convention d'union du 20 mars 1883 décidant que la protection internationale s'étend « non-seulement aux produits de l'industrie proprement dite, mais également aux produits de l'agriculture, vins, grains, fruits, bestiaux, etc., et aux produits minéraux livrés au commerce, eaux minérales, etc. », est venu fournir un nouvel aliment à la discussion. Est-il admissible, a-t-on dit, que dans ces matières un Français pouvant faire protéger son nom à l'étranger et un étranger son nom en France, un Français ne puisse obtenir en France la même protection (3).

1. POUILLET.

2. PATAILLE, 82-212.

3. MAUNOURY, n. 64. Il renvoie à MM. POUILLET ET PLI, qui professeront la même opinion dans leur *commentaire de la convention de 1883*.

Nous ne croyons pas que cet article ait cette portée : L'article 1^{er} du protocole définit seulement ce qu'il faut entendre par « propriété industrielle, mais c'est l'article 2 de la convention qui dit comment elle sera protégée : les sujets ou citoyens de chacun des États contractant, jouiront dans tous les autres États de l'Union en ce qui concerne... le nom commercial des avantages que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux. En conséquence, ils auront la même protection que ceux-ci et le même recours légal contre toute atteinte portée à leur droit. » Eh bien en France ce recours légal est fondé sur la loi de 1824 quand il s'agit des produits de l'industrie, et sur l'article 1382 quand il s'agit des produits de l'agriculture ou de produits minéraux. Il est pénal dans le premier cas, civil dans le second, aussi bien pour les étrangers que pour les français : la prétendue anomalie sur laquelle est fondée le raisonnement que nous avons rapporté n'existe pas. La loi de 1824 ne protège donc pas les produits naturels du sol mais seulement ceux qui ont été l'objet d'une fabrication quelconque avant d'être livré à la consommation.

Les observations que nous avons présentées jusqu'ici avaient pour but de restreindre la portée qu'on pourrait être tenté de donner à la loi. Il importe en sens contraire de noter que le délit existe, quand même le commerçant prendrait soin de faire précéder le nom usurpé des mots : façon de..., suivant la formule de..., d'après les procédés, le système de... La loi est muette sur ce point il est vrai, et l'on pourrait prétendre que de tels procédés con-

tiennent plutôt un hommage qu'ils ne constituent une fraude. En fait il n'en est rien et les travaux préparatoires ont très nettement expliqué la portée qu'il faut attribuer au silence de la loi sur ce point. L'article 17 de la loi antérieure de Germinal an XI réprimait la mention : façon de..., sans parler des autres mentions semblables.

A contrario on en avait conclu que leur emploi était licite. C'est pour éviter des difficultés de ce genre que le législateur de 1824 a pris le parti de renoncer à toute énumération. Ces supercheries rentrent donc dans l'expression si générale d'altérations quelconques.

Enfin, avant de quitter la législation pénale du nom, rappelons que la loi de 1857 punit l'usurpation des noms en tant qu'ils affectent une forme distinctive.

9. — La loi de 1824 n'organise pas seulement la répression de l'usurpation des noms commerciaux ; elle réprime également l'usurpation des noms de localité. Les peines sont les mêmes.

Les difficultés que nous avons examinées pour les noms de personnes se retrouvent ici, notamment en ce qui concerne le sens à donner aux mots objets fabriqués ; ainsi la règle que nous avons donnée de la non-application de la loi aux produits naturels trouve son application, notamment en ce qui concerne les vins qui sont désignés ordinairement par le nom du fabricant quand ils sont objets fabriqués, et par le nom de leur crû, c'est-à-dire par un nom de localité quand ils sont livrés au public sans avoir subi de manipulations spéciales.

La législation des noms de localité soulève aussi quelques difficultés spéciales. Et d'abord les noms protégés

sont-ils les noms de localité quelconques ou ceux-là seulement qui sont réputés dans une industrie.

A première vue on pourrait croire que les travaux préparatoires de la loi donnent raison à la seconde opinion. Le comte Chaptal disait à la Chambre des Députés : « Ce que je dis des individus, je le dirai des villes où les fabricants sont parvenus à créer des genres d'industrie que la supériorité et la qualité courante des produits ont fait apprécier de tous les peuples consommateurs. » Mais il ne faut pas exagérer la portée de ces paroles. Pour justifier la loi, il fallait bien constater qu'une notoriété pouvait être acquise à un nom de ville, mais cette constatation ne prouve nullement que le législateur ait entendu réserver uniquement sa protection aux villes qui l'ont acquise : il en est de même pour les noms de commerçants. C'est donc à bon droit que la Cour de Cassation a adopté l'opinion qui protège indifféremment tous les noms de villes : « Attendu qu'il importe peu que le lieu d'origine ait ou non une notoriété particulière au point de vue industriel, la disposition de loi étant générale et s'appliquant à toute usurpation de nom dans le but de tromper l'acheteur sur l'origine du produit vendu ou mis en vente. »

Il importe de retenir la fin de ces motifs : elle démontre, et cela n'est douteux pour personne, que lorsque le nom de lieu entre dans un nom de produit seulement pour lui donner le caractère de dénomination de fantaisie,

1. Cour de Cassation, 23 janvier 1892. DE MAILLARD, DE MARAFY, VI, p. 179.

aucun acheteur ne pouvant être trompé sur l'origine du produit, la loi de 1824 n'est pas applicable.

Que faut-il enfin entendre au juste par lieu de fabrication? L'expression est assez vaste pour comprendre non-seulement les noms de ville, mais encore, aussi bien, les noms d'ancienne province ou même le nom de France (C. de Cass. 3 déc. 1879) (1) que les noms de propriétés particulières. Dans ce dernier cas, il y aura cette particularité que le nom de localité sera l'objet d'une appropriation exclusive de la part du propriétaire.

Au cas de fabrication complexe, le nom de lieu protégé pénalement est celui de la dernière transformation de la marchandise; c'est là qu'elle a pris la forme définitive sous laquelle elle est offerte au public.

Enfin, avant de quitter la législation pénale, rappelons que l'article 19 de la loi de 1857 a établi la saisie en douane des marchandises étrangères, portant, soit la marque, soit le nom d'un fabricant résidant en France, soit l'indication du nom du lieu d'une fabrique française.

Le texte le plus récent sur cette matière est l'article 15 de la loi du 11 janvier 1892, portant établissement du tarif général des douanes : ainsi conçu « Sont prohibés à l'entrée, exclus de l'entrepôt, du transit, et de la circulation, tous produits étrangers naturels ou fabriqués, portant soit sur eux-mêmes, soit sur des emballages, caisses, enveloppes, bandes ou étiquettes, etc... une marque de fabrique ou de commerce, un nom, un signe ou une indication quelconque de nature à faire croire qu'ils

1. DE MAILLARD DE MARAFY, t. VI, 497.

ont été fabriqués en France ou sont d'origine française. Cette disposition s'applique également aux produits étrangers fabriqués ou naturels obtenus dans une localité du même nom qu'une localité française qui ne porteront pas en même temps que le nom de cette localité, le nom du pays d'origine et la mention : *importé*, en caractères manifestement apparents. »

10 — Les hypothèses de responsabilités engendrées par la création d'une confusion entre deux établissements au moyen de noms ou de raisons de commerce que des lois spéciales ont régi pénalement étant ainsi mises de côté il nous reste à indiquer les cas de concurrence déloyale proprement dite, c'est-à-dire ceux où la création de cette confusion, exposera seulement leur auteur à des réparations pécuniaires par application de l'article 1382.

Chemin faisant, nous en avons rencontré un grand nombre d'exemples. Il faut maintenant les classer.

Le moyen le plus simple consiste évidemment à usurper autrement que par apposition sur un produit le nom d'un concurrent. Mais cette fraude par trop effrontée ne sera guère usitée. Généralement, celui qui voudra détourner à son profit la clientèle d'un établissement rival en établissant une confusion, ou bien imitera seulement le nom, ou bien essayera de se mettre en état de prétendre avoir lui aussi un droit sur le nom qu'il veut prendre. Le premier procédé sera surtout usité lorsqu'il s'agira de noms de fantaisie, de raisons de commerce. Nous avons rappelé en traitant des raisons de commerce que les règles qui régissent les marques s'y appliquent généralement : Chaque fois qu'un commerçant, en fondant une maison,

lui donnera une raison de commerce ressemblant suffisamment à celle de ses concurrents pour qu'une confusion s'établisse dans l'esprit de l'acheteur, si cette domination n'est pas dans le domaine public, il y aura concurrence déloyale.

Pour les noms, la fraude consistera le plus souvent à faire suivre le nom du commerçant de celui du rival dont on veut détourner la clientèle, de façon à ce que le nom réputé frappe seul l'acheteur. Mais où prétendre puiser le droit de disposer ainsi du nom du concurrent ? Il arrivera que plusieurs membres de la même famille fassent le même commerce : un mari profitera alors de l'usage qui permet au commerçant de joindre à son nom celui de sa femme, ou bien il rappellera celui d'un auteur commun qui a exercé le même commerce. Il arrivera qu'un ancien employé rappelle le nom de son ancien patron de façon à recueillir, par exemple, la clientèle au moment de la cession de son fonds par ce dernier. Et ces faits licites en eux-mêmes : adjonction du nom de la femme à celui du mari, indication de la qualité d'élève ou d'ancien employé, cesseront de l'être quand un commerçant abusera de son droit en essayant d'y trouver le moyen d'établir une confusion entre lui et son rival.

Une des idées, qui naturellement devaient venir à l'esprit de ceux qui cherchent à organiser une concurrence déloyale, était l'acquisition d'un droit sur le nom d'un homonyme du commerçant réputé. Nous verrons un peu plus loin qu'en cas d'homonymie, la volonté de réprimer la concurrence déloyale peut se heurter en partie au respect de la propriété des noms.

Aux yeux des fraudeurs, une homonymie non exploitée était un véritable capital laissé improductif. Il fallait arriver à faire transporter dans les mains de personnes ayant les fonds nécessaires ce droit qu'un tiers avait et n'exploitait pas. Les uns louèrent, les autres achetèrent; le moyen le plus perfectionné fut la constitution d'une société : les uns y apportaient leur travail et leurs capitaux; l'autre son nom, c'est-à-dire l'instrument de la concurrence déloyale. La dernière habileté consista à prendre la forme des sociétés en commandite avec, pour seul commandité, l'apporteur du nom; dans les sociétés en commandite, en effet, le nom seul des commandités doit apparaître dans la raison sociale. Tant d'ingéniosité ne désarma pas la jurisprudence, et les fraudeurs eurent beau se donner à tâche de remplir les conditions nécessaires d'après les jugements précédemment rendus, toutes les fois que sous une forme ou sous une autre, directement ou indirectement, le nom était cédé pour créer une confusion, la jurisprudence reconnut et réprima la concurrence déloyale.

En principe, toute personne peut évidemment donner son nom à l'établissement qu'il exploite. Et si cependant sa vocation commerciale ne se découvre que parce qu'elle voit dans son nom un moyen commode d'attirer par voie de confusion la clientèle d'une maison réputée, pourquoi ne reconnaîtrait-on pas là la concurrence déloyale? En quoi l'individu dont nous parlons, parce qu'il a à lui seul le nom et les capitaux, aurait-il un droit plus respectable que les sociétés dont il vient d'être question où l'un apporte le nom et l'autre les capitaux? Il ne faut pas

hésiter à frapper cette concurrence déloyale. Maintenant d'une façon précise, en quoi consiste-t-elle? A faire le commerce sous son nom qui se trouve être en même temps celui d'un concurrent en possession de la faveur de l'acheteur? La jurisprudence répond : Non, car il n'y a là que l'exercice d'un droit. En effet, d'une part, la loi des 2-17 mars 1791, dispose dans son article 7 : « A compter du 1^{er} avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon », et d'autre part, la loi du 6 fructidor an II (abrogée ou non, au point de vue qui nous occupe, elle ne fait qu'énoncer un principe certain), s'exprime ainsi : « aucun citoyen ne pourra porter de nom ni de prénom autres que ceux exprimés dans son acte de naissance. » Si c'est une obligation, dit-on, c'est en même temps un droit; par conséquent, toute personne peut faire le commerce qui lui plaît sous son nom. La faute constituant la concurrence déloyale résiderait dans le fait de n'avoir pas entouré le nom d'indications suffisantes de nature à éviter toute confusion (prénoms, date de fondation de la maison, etc.). Ce serait cette négligence qui entraînerait la responsabilité. Dans tous les cas, la concurrence déloyale existe. Nous n'insistons pas en ce moment sur cette controverse; nous aurons l'occasion d'examiner à nouveau les principes qui la régissent en étudiant quelle est la sanction que les tribunaux doivent dans ce cas adopter.

11. — L'enseigne est un emblème ou une désignation apposés sur une maison qu'ils désignent à la clientèle.

On peut au point de vue juridique considérer l'enseigne

ou bien comme susceptible d'une véritable propriété en n'envisageant que l'objet matériel, en bois, en fer ou en toile, dont elle est formée, ou bien comme n'étant protégée que par la règle de l'article 1382 en la considérant comme un moyen pour le client de rallier sa clientèle.

Les règles qui fixent le droit pour le locataire d'apposer une enseigne, qui déterminent où elle peut être placée, se réfèrent au premier point de vue. C'est encore en la considérant comme un objet matériel que les ordonnances de police fixent sa place et ses dimensions. Enfin lorsqu'elle est emblématique, l'enseigne pourrait constituer une propriété artistique protégée par la loi de 1793. Ces questions sont en dehors de notre sujet, et s'il convient d'en rappeler l'existence c'est surtout pour montrer que l'idée de propriété de l'objet matériel est distincte de l'idée de propriété du signe de ralliement de la clientèle, et que celui qui achète l'un n'achète pas nécessairement l'autre : pour prendre un exemple, il ne faut pas approuver le jugement du Tribunal de Rouen du 14 avril 1842 (1), décidant qu'une personne, ayant acheté dans une vente publique l'écriteau représentant les tombeaux de Jacques Delille et du général Foy qui servaient d'enseigne à un entrepreneur de pompes funèbres, a le droit de le placer sur la devanture de son magasin.

Les enseignes, nous l'avons dit, sont emblématiques ou nominales, mais les règles applicables aux unes le sont aussi aux autres.

Il est inutile d'insister longuement sur l'utilité qui pro-

1. *Gazette des Tribunaux*, 15 août 1842.

cure l'enseigne; elle sert à individualiser une maison de commerce; elle permet au client de reconnaître la maison dont il a été satisfait ou qu'on lui a indiquée, au commerçant de profiter du bon renom qu'il s'est fait.

Elle joue, on le voit, pour la maison de commerce, un rôle très exactement comparable à celui des dénominations et des signes pour les produits; il est donc naturel que les deux législations présentent les plus grandes analogies.

La façon dont le droit s'acquiert et se conserve est la même : c'est la priorité et la possession. On a contesté dans certaines hypothèses que la priorité pût ici prévaloir contre la vérité : on a soutenu par exemple que c'est un droit pour un commerçant d'indiquer sa nationalité et que par conséquent un commerçant ne pouvait acquérir un droit exclusif à l'encontre de ses compatriotes à une enseigne composée uniquement de l'indication de la nature de son commerce suivie de celle de sa nationalité. La jurisprudence a toujours rejeté une semblable prétention (Marseille, 16 février 1881) (1). Le seul droit qui en pareil cas appartiendrait au commerçant étranger serait, tout en prenant une enseigne différente, de faire connaître sa nationalité.

Les noms des monuments publics fournissent souvent des enseignes aux maisons de commerce qui les entourent. Le propriétaire d'une maison ayant une notoriété quelconque, par exemple un théâtre, a-t-il un droit exclusif sur le nom de son établissement et peut-il empê-

1. PATAILLE, 82-261.

cher, pour continuer le même exemple, un cafetier voisin de prendre pour enseigne : café de tel théâtre. Il est bien évident que pour fonder le droit à une telle propriété il faudrait mettre de côté les principes de la concurrence déloyale puisque les deux établissements n'ont pas la même industrie. Pour qu'il y ait lieu à protection il faudrait admettre en matière d'enseigne un droit de propriété absolue qui n'existe pas. Ces principes ont très bien été posés par un jugement du tribunal de la Seine du 7 juin 1853 (1). « Attendu qu'il est justifié que Nejean n'exploite pas l'établissement du café annexé à son théâtre; que sa qualité de directeur du théâtre ne lui donne aucun droit d'intervenir dans une question d'enseigne où figure le nom du théâtre appliqué à un établissement tout à fait étranger à son exploitation et qui ne peut lui faire aucune concurrence; qu'il s'ensuit que la dénomination dont s'agit doit rester dans le domaine public pour appartenir au premier occupant, et enfin que c'est l'antériorité seulement de la prise de possession qui doit régler le droit de propriété. » Il est à peine utile du reste de remarquer que si, à un point de vue quelconque, un dommage était causé au propriétaire du théâtre on retomberait sur l'application de l'article 1382.

Où la différence entre la législation des signes et celle des enseignes s'accuse, c'est lorsqu'il s'agit de fixer quelle est l'étendue de l'expropriation. Nous avons vu que pour les marques et les raisons de commerce elle est restreinte à l'industrie dans laquelle il en est fait usage; en

1. *Le Droit*, 25 juin 1853.

matière d'enseigne il faut apporter une autre restriction : elle n'est protégée que dans la localité, quelquefois même dans le quartier de la ville où elle est prise.

Il faut enfin noter que quelquefois l'enseigne pourra appartenir au propriétaire non pas du fonds de commerce, mais de la boutique : c'est ce qui arrivera même le plus souvent lorsque l'enseigne sera tirée soit de l'emplacement, soit d'une particularité quelconque de la maison. Exemple : *Aux deux berceaux* (Seine, 16 avril 1840) (1).

De l'enseigne, il faut rapprocher la devanture du magasin : certaines maisons se reconnaissent par leurs dispositions extérieures « la forme et la couleur de la devanture, l'agencement des vitrines et des étalages » (2). L'apparence générale de la maison devient pour ainsi dire son enseigne. Quand ces dispositions ne sont pas vulgaires, qu'elles ne sont pas dans le domaine public, le fait de les copier servilement de façon à créer une confusion dans le public constitue une concurrence déloyale (Paris 29 décembre 1853) (3).

12. — Nous avons supposé jusqu'ici, et il le fallait pour la clarté de l'exposition, qu'à un nom la concurrence déloyale est toujours faite par un nom, à une enseigne par une enseigne, à une marque par une marque. En réalité, il n'y a qu'une règle, c'est que la concurrence déloyale existe chaque fois qu'une confusion est créée soit dans le titre d'un établissement soit dans celui du produit pour attirer l'acheteur qu'elle trompe.

1. *Le Droit*, 20 avril 1840.

2. ALLART, n° 89.

3. LE HIR, 53, 2, 281.

On pourra donc faire acte de concurrence déloyale en prenant une raison de commerce ou une enseigne imitant le nom d'un rival, par exemple si étant donné une maison Desinge un ancien employé de cette maison fonde en face un établissement rival avec l'enseigne *Au Singe* (Trib. Seine, 2 mars 1881) (1)

Les difficultés les plus sérieuses ont trait aux rapports des enseignes et des raisons de commerce.

1° Rappelons que dans une industrie donnée, l'adoption d'une enseigne déjà employée ne crée de concurrence déloyale que si les deux maisons qui se trouvent alors avoir la même désignation sont situées dans la même ville (Limoges, 19 décembre 1874) (2).

2° Au contraire l'adoption par un commerçant de la raison de commerce choisie par un rival même dans une autre ville est toujours un acte de concurrence déloyale.

3° Il faut admettre que le fait de prendre pour enseigne la raison de commerce d'un rival établi dans une autre ville est également un acte de concurrence déloyale, car les acheteurs pourraient se déterminer à aller dans la maison qui a adopté l'enseigne dont il s'agit parce qu'il la considéreraient comme une succursale de l'autre.

4° Que faut-il décider au cas où dans une autre ville le commerçant prend pour raison de commerce l'enseigne d'une maison exerçant une industrie similaire (2) ? Dans l'immense majorité des cas il ne saurait y avoir de préjudice. Le but de l'enseigne c'est de frapper l'œil du

1. PATAILLE, 81, 253.

2. DE MAILLARD DE MARAFY, III-563.

passant et ceux qui connaissent maternellement une maison, qui connaissent notamment son emplacement, n'auront pas l'idée, trompés par une similitude de nom, de s'adresser à un établissement situé dans une autre ville. Mais si le préjudice existait réellement, il n'y aurait aucune raison pour ne pas prononcer de condamnation.

13. — Les moyens employés pour créer la concurrence en créant la confusion entre deux établissements sont si nombreux, qu'il serait plus que téméraire d'essayer d'en dresser une liste complète. Avant de quitter ce sujet, indiquons encore que la confusion peut être créée oralement. « Il faudrait un volume entier, dit M. Pouillet (1), pour exposer les ruses, les stratagèmes, les manœuvres auxquels se livrent les commis-voyageurs pour s'enlever les clients et leurs ordres. » Il est évident que ces manœuvres peuvent constituer des actes de concurrence déloyale. Ce qu'il importe de fixer, c'est jusqu'à quel point la responsabilité du patron se trouve engagée par des actes auxquels il reste étranger. Un arrêt de la Cour de Bordeaux (11 janvier 1881) (2) a très juridiquement exposé les raisons pour lesquelles le patron est responsable des actes même commis à son insu par son préposé, « attendu que les commettants sont responsables du dommage causé par leurs préposés dans les fonctions où ils les ont employés, bien que ces derniers aient agi de leur propre mouvement sans ordres ni instructions précises, qu'il suffit que l'acte dommageable se

1. POUILLET, p. 576.

2. PATAILLE, 81, 315.

soit produit à l'occasion de son exécution et qu'enfin il est de principe que la disposition finale de l'article 1384 du Code civil n'est pas applicable aux maîtres et aux commettants, et qu'ils ne peuvent comme les pères et mères, instituteurs et artisans, se dégager en prouvant qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui y donne ouverture. »

CHAPITRE VI

DE LA CONCURRENCE DÉLOYALE PAR DÉNIGREMENT.

1. Définition. — 2. Le seul fait de nommer un concurrent ne constitue pas le dénigrement. — 3. Le dénigrement et la diffamation. — 4. Bonne foi. — 5. Exactitude de l'allégation. — 6. Publication de jugements.

1. — Dénigrer la maison ou les produits d'un commerçant, c'est, toute proportion gardée, un acte de même nature que diffamer une personne. Heureusement le dommage causé par la critique d'une maison ou d'un produit a comme pire résultat possible une diminution de clientèle, et, si pour protéger l'honneur et la considération des personnes il convenait d'établir une répression pénale, pour réparer un préjudice pécuniaire, des réparations pécuniaires suffisaient. Tandis que la diffamation est réprimée par la loi du 29 juillet 1881, le dénigrement reste dans le domaine de l'article 1382.

Quoi qu'il en soit, la diffamation et le dénigrement se touchent de près et quelquefois coexistent.

Qu'un commerçant attaque son concurrent dans son honneur et sa considération, il use d'un moyen sûr pour écarter de lui la clientèle et par conséquent en même temps qu'il diffame, il commet un acte de concurrence

déloyale. Qu'une personne étrangère au commerce donne de mauvais renseignements sur les produits d'un commerçant ou sur sa situation, mais en dehors de toute publicité, il ne commet pas de diffamation, si l'on veut, il dénigre, mais en tous cas il ne commet pas un acte de concurrence déloyale; pourtant ici l'article 1382 devra être appliqué. Enfin qu'un commerçant critique la maison ou les produits de son concurrent, voilà la concurrence déloyale, qui peut très bien exister en dehors de toute diffamation.

Mais dans les premières hypothèses des intérêts divers pourront justifier une immunité. Ceux qui dévoilent les actes deshonnêtes d'un homme qui par sa fonction relève de l'opinion publique et qui prouvent ce qu'ils avancent; les agents de renseignements qui confidentiellement avertissent leurs clients que tel commerçant, avec lequel ils se trouvent en relations d'affaires, va droit à la faillite; les critiques qui de bonne foi et sans pensée de lucre disent tout le mal qu'ils pensent d'un acteur ou d'une œuvre causent bien un préjudice à l'homme politique qu'ils combattent, au commerçant dont ils hâtent la ruine, à l'acteur ou à l'œuvre qu'ils déprécient. Mais les uns et les autres relèvent du public et l'exactitude de l'allégation ou la bonne foi de celui qui l'a portée les met à l'abri de toutes poursuites. En est-il de même, et existe-t-il de semblables immunités en matière de concurrence déloyale? S'il y en a, quel est le critérium qui sépare le dénigrement permis de celui qui ne l'est pas?

2. — Mais avant d'aborder cette question, il convient d'examiner une jurisprudence qui sans lui donner une

solution en diminuerait singulièrement la portée. Certains jugements admettent qu'il est possible, en matière de dénigrement, de faire une application des règles de la propriété des noms. D'après eux, on n'aurait pas le droit de se servir d'une façon quelconque du nom d'un concurrent, ce nom lui appartenant en propre et la concurrence déloyale résulterait du seul fait de cet usage illicite.

« Le nom commercial » dit un jugement du Tribunal de commerce de la Seine du 21 septembre 1882 (1) « est une propriété dont l'usage est exclusivement réservé à celui auquel il appartient, sans qu'aucun concurrent puisse, de quelque façon que ce soit, s'en servir ».

Et le même Tribunal avait déjà exprimé la même doctrine en disant le 13 janvier 1881 (2) :

« En matière commerciale, nul dans son intérêt personnel ne peut publier, même avec éloge, le nom de son concurrent ».

Dans ces deux affaires le nom du commerçant avait été employé dans des annonces. Plus récemment (21 février 1889) (3), le Tribunal de Verdun a repris et développé cette théorie dans une affaire où un commerçant reprochait à son concurrent d'avoir apposé une affiche indiquant qu'on ne vendait pas dans la maison de ses produits :

« Attendu que le nom de Picon, qui est le nom propre des demandeurs, est par cela même leur propriété exclusive ; que la dénomination d'Amer Picon est celle

1. DE MAILLARD DE MARAFY, III, 453.

2. DE MAILLARD DE MARAFY, III, 451.

3. PATAILLE, 93, 268.

qu'ils ont adopté pour qualifier un produit de leur fabrication; que cette dénomination constitue une marque de fabrique dont ils ont fait le dépôt conformément à la loi et est également leur propriété exclusive; attendu que considéré au triple point de vue, nom patronymique, nom commercial ou désignation de produit industriel le nom Picon et la dénomination Amer Picon constituent une propriété exclusive et privative protégée par la loi; que nul n'a le droit d'en faire publiquement usage dans quelque but que ce soit sans l'assentiment des demandeurs, cet emploi fut-il exempt de toute intention de nuire ».

Ainsi quand même un commerçant use dans une affiche ou une annonce du nom de son concurrent sans intention de nuire; quand même il publie ce nom avec éloge, d'après cette jurisprudence, il commet un acte de concurrence déloyale.

On voit immédiatement combien dans cette opinion la question de savoir où s'arrête le dénigrement permis diminue d'importance, pour désigner la personne que l'on dénigre le moyen le plus simple et le plus usuel consistant à l'appeler par son nom.

Mais il faut nettement rejeter cette théorie : il ne saurait ici être question de propriété du nom, quand même ce nom est à la fois patronymique, commercial et encore marque de fabrique.

Et tout d'abord qu'importe qu'il soit marque de fabrique ? Comment soutenir qu'en écrivant en caractères ordinaires, du reste, le nom de Picon sur une affiche on contrefasse une marque ?

Quant au nom patronymique ou commercial le droit de propriété ne consiste pas à empêcher les tiers de vous désigner par lui : c'est au contraire son utilité, mais bien d'en user pour se désigner eux-mêmes, de façon à créer une confusion entre deux personnalités.

La théorie des Tribunaux de la Seine et de Verdun admise, on se demanderait s'il ne faudrait pas une autorisation spéciale pour écrire le nom d'un commerçant sur une lettre qu'on lui adresse. Il faut donc rejeter sans hésitation cette théorie.

3. — Si le dénigrement entraîne des réparations pécuniaires, ce n'est pas parce qu'il a été usé sans droit du nom d'un concurrent et rien ne serait plus inexact que de dire que la concurrence déloyale existe quand le rival a été nommé, qu'elle n'existe pas lorsqu'il a été désigné par voie de périphrases (Seine, 25 juillet 1867) (1). Il faut évidemment établir ici la même règle qu'en matière de diffamation. « Il appartient au juge du fait d'apprécier et de constater souverainement d'après les circonstances de la cause si le plaignant qui n'est pas nommé, est ou non suffisamment désigné. »

La diffamation — nous l'avons dit — a de grandes analogies avec la concurrence déloyale par dénigrement. Comme sa répression a été organisée pénalement, tous les éléments du délit ont dû être limitativement déterminés ; le meilleur moyen pour rechercher quels sont les éléments du dénigrement est donc d'établir une comparaison entre cette forme de concurrence déloyale et la diffama-

1. TEULET, 17, 20.

tion. Aux termes de l'article 30 de la loi du 29 juillet 1881, la diffamation est toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération d'une personne. Le champ de la concurrence déloyale n'est-il pas plus limité ? La diffamation protège aussi bien l'honneur que la considération, la concurrence déloyale n'existe-t-elle qu'en cas d'atteinte portée à la considération commerciale ? Il en sera ainsi dans la plupart des cas ; mais il n'y a pas de règle à établir, car l'atteinte portée à l'honneur pourrait être un moyen d'arriver à un détournement de clientèle. Ce qui limitera la matière, ce sera non pas la nature de l'allégation, mais la qualité de la personne qui l'aura portée ; toute allégation d'une personne qui n'exerce pas la même profession que la personne dénigrée ne saurait constituer un acte de concurrence déloyale. Il ne faut du reste pas exagérer la portée de cette observation : la concurrence déloyale ne formant pas un délit spécialement organisé, le fait qui ne constituera pas un acte de concurrence déloyale pourra néanmoins tomber sous l'application de l'article 1382.

Les autres éléments de la diffamation sont : 2° l'intention de nuire ; 3° la publicité ; 4° dans certains cas, l'inexactitude du fait allégué.

Il faut immédiatement mettre de côté la publicité. Elle n'est pas nécessaire pour que le dénigrement existe. En est-il de même de l'intention de nuire et de l'inexactitude du fait allégué. La bonne foi ou la vérité assurent-elles une immunité au commerçant qui dénigre son rival ?

4. — Le mot dénigrement semble impliquer bien l'intention de nuire, mais ce serait oublier que notre matière est

régie par les articles 1382 et 1383, et que la concurrence illégitime est réprimée aussi bien que la concurrence déloyale proprement dite.

A dire vrai, on se demande comment on pourrait dénigrer sans avoir l'intention de nuire ; mais les écrits d'un commerçant peuvent être mal interprétés. Sera-t-il alors responsable du dommage qu'il aura involontairement causé ? Voici l'hypothèse dans laquelle la jurisprudence a eule plus fréquemment à statuer.

Soit dans un annuaire, soit dans des en-tête de lettres, un commerçant fait imprimer qu'il ne faut pas confondre telle maison avec la sienne.

On peut dire qu'il a voulu simplement éviter confusion : ce qui est son droit et même son devoir ; on peut dire aussi qu'il a voulu jeter « une apparence de déconsidération sur ses concurrents ». C'est alors qu'il faudrait — c'est notamment la doctrine que soutient M. Bert (1) — faire intervenir l'idée de mauvaise foi, et c'est seulement lorsqu'on la rencontre que les tribunaux devraient condamner. Nous croyons qu'il faut rejeter cette distinction qui ajoute au texte les articles 1382 et 1383. Mais il est évident que si l'indication est fournie de telle façon qu'elle ne porte préjudice à personne, son auteur échappe à toute responsabilité précisément parce qu'il n'y a pas préjudice. Ainsi le tribunal constatant que l'indication n'est pas de nature à nuire au crédit de la personne désignée ne doit évidemment pas condamner (Seine, 24 avril 1862) (2).

1. BERT. *Le droit industriel*, n. 98.

2. TEULET, 12-6.

Tout en constatant qu'il n'y a pas préjudice actuel, mais en constatant qu'il pourra naître, les tribunaux, — c'est une jurisprudence générale que nous avons constatée en regrettant qu'elle n'ait pas une base légale plus solide — se reconnaissent le droit de faire défense d'user de la mention incriminée sans condamner à des dommages-intérêts.

Autrement dit, il faut soigneusement distinguer le cas où la mention n'est pas de nature à porter préjudice, de celui où elle n'a pas encore porté préjudice. L'hypothèse où le dommage est déjà causé ne présente pas de difficultés.

5. — L'exactitude des faits allégués suffit-elle à créer une immunité au profit du commerçant qui les dévoile ? On peut pour le soutenir argumenter par analogie de ce qui se passe en matière de diffamation. Pour les faits de son commerce ou plutôt pour la qualité de ses produits le commerçant relève en définitive du public. Il fait appel à la clientèle qui a intérêt à être éclairée. Pourquoi n'aurait-on pas le droit de porter à la connaissance de la clientèle des faits qu'il est de son intérêt de connaître. C'est, dira-t-on, l'intérêt du public qui doit pouvoir choisir en connaissance de cause ; c'est l'intérêt du commerce car c'est en partie la raison d'être de l'émulation féconde d'où naît le progrès ; enfin comme le commerçant relève du public, il n'a pas le droit de se plaindre. Et en fait cette doctrine a quelquefois triomphé. Notamment la Cour de Douai (5 janvier 1855) (2), a décidé que le com-

1. PATAILLE, 68-20.

2. LE HIR, 55, 2, 295.

merçant peut, dans le but d'obtenir la préférence sur ses concurrents faire imprimer et distribuer des circulaires indiquant le nombre des affaires faites par lui comparativement à celui des affaires faites par les autres maisons se livrant au même genre d'opération, si les indications données dans la circulaire sont reconnues exactes (dans le même sens, Seine, 11 juin 1885) (1).

Cette solution ne semble pas avoir triomphé. Et la tendance actuelle de la jurisprudence est exactement indiquée par M. Allart (2). « La vérité du fait allégué ne fait pas disparaître le quasi-délit et la preuve n'est pas admissible. »

Seulement cette solution est plus facile à formuler qu'à justifier. Si on se reporte à l'article 1382 où est la faute du commerçant qui dit la vérité. On ne saurait admettre en principe que chaque fois qu'il y aura préjudice, il y aura nécessairement faute puisque le préjudice et la faute sont deux éléments distincts du délit civil. Quant à l'analogie qui existe entre la diffamation et le dénigrement elle ne saurait être une raison déterminante et nous venons de voir qu'en ce qui concerne l'intention de nuire les deux matières ne sont pas régies par les mêmes principes.

Quoi qu'il en soit le jugement du Tribunal de la Seine du 16 février 1895 (3) résume exactement la jurisprudence sur ce point : « En droit la faculté qui appartient à tous commerçants de vanter ses produits dans des

1. PATAILLE, 86, 129.

2. ALLARD, n. 195.

3. *Gazette des Tribunaux*, 18 février 1895.

termes dont les Tribunaux n'ont pas en thèse générale à apprécier la convenance, ne saurait lui conférer le droit de prendre à partie un concurrent, de le dénigrer et de déprécier même par voie de simple comparaison, les objets qu'il exploite dans le but de détourner la clientèle à son profit (Bordeaux, 8 mars 1859. D. P. 59-2-170. Trib. Com. Seine, 17 janvier 1867. D. P. 69-5-323. Paris, 23 avril 1869, D. P., 70-2-75. Aix, 17 mars 1870. D. P., 71-2-134. Trib. com. Seine, 31 mai 1880. D. P., 81-3-38), les Tribunaux n'ont même pas en principe à rechercher si les critiques formulées par le commerçant contre son concurrent sont fondées (Paris, 27 juillet 1850. D. P. 51-2-168).

Le même jugement résout une question beaucoup plus délicate :

L'article 35 de la loi du 29 juillet 1887 autorise le diffamateur à faire la preuve de la vérité des imputations qu'il a dirigées contre les administrations industrielles, commerciales ou financières, faisant publiquement appel à l'épargne et au crédit public. Lorsqu'on se trouve exactement dans l'hypothèse de l'article 35, en ce sens que la maison qui se plaint d'avoir été dénigrée est un établissement ayant pour sa constitution fait appel à l'épargne et au crédit, l'immunité tirée de la vérité du fait allégué qui existerait en matière de diffamation existe-t-elle en matière de concurrence déloyale ?

C'est à bon droit que le Tribunal a rejeté cette application extensive de l'article 35 « attendu que ce droit ne saurait être étendu au commerçant qui agissant uniquement dans l'intérêt de son commerce dénigre publique-

ment ses concurrents, que sans doute s'il est poursuivi pour diffamation, il pourra se prévaloir de la disposition contenue dans l'article qui vient d'être cité, mais qu'il n'en saurait être de même quand il est poursuivi pour concurrence déloyale, l'action dirigée contre lui dans ce cas étant uniquement fondée sur les articles 1382 et 1383 C. C. ».

6. — La question de la concurrence déloyale résultant de la publication de documents judiciaires mérite un examen spécial.

Ici il ne s'agit plus seulement d'une discussion basée sur des principes d'équité : la loi de 1881 vient apporter dans le débat des indications qui pour rester un peu confuses et contradictoires n'en doivent pas moins dicter la solution.

D'abord l'article 29, qualifie diffamation toute obligation qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé. Ainsi si j'écris qu'un commerçant a été condamné pour avoir trompé sur la qualité de la marchandise vendue, j'allègue un fait qui porte atteinte à la considération d'une personne, je diffame. La diffamation existe-t-elle si je publie le jugement ? Il n'y a ni dans l'intention de nuire, ni dans le préjudice éprouvé de différence entre les deux hypothèses. Pourtant l'article 39 semble créer une immunité dans la seconde hypothèse. « Ces interdictions ne s'appliqueront pas aux jugements qui pourront toujours être publiés. » La législation antérieure affirmait le même principe : « Dans tous les cas, le jugement pourra être publié. » Sous cette législation, la Cour d'Aix (6 décem-

bre 1867) (1), avait décidé qu'il n'y avait là d'immunité que pour les journaux.

La question fut soumise sous la nouvelle législation à la Cour d'Agen, 28 décembre 1883, qui donna la solution opposée. La Cour de Cassation, 13 juillet 1885 (2) à laquelle cet arrêt fut déféré préféra ne pas résoudre cette question « attendu qu'en admettant même que l'arrêt attaqué ait à tort cherché un des fondements de son dispositif dans l'article 39 de la loi du 29 juillet 1881 », il y avait des circonstances de fait souverainement constatées par la Cour, suffisantes pour motiver son arrêt.

Quelle est donc la publication de jugements au profit de laquelle l'article 39 crée une immunité ? « C'est, dit M. Fabreguettes (3), la publication par la presse, mais non la publication par l'affiche ». « C'est, dit M. Georges Barbier (4), la publication qui est l'œuvre personnelle de la presse et qui, se produisant à une époque contemporaine du jugement, complète en quelque sorte la publicité de l'audience. » Et nous croyons qu'il suffit de lire attentivement l'article 39 en son entier pour être convaincu que dans l'ordre d'idées où il se place il ne peut avoir dans sa partie finale d'autre portée. M. Villey (5) va plus loin et décide qu'il ne pourra jamais y avoir diffamation mais qu'il pourra y avoir responsabilité civile. Il est mal-

1. SIREY, 69, 2, 135.

2. SIREY, 88, 1, 65.

3. FABREGUETTES. *Infractions de la parole*, II, n° 1693.

4. GEORGES BARBIER. *Code expliqué de la presse*, I, n° 435.

5. VILLEY. Note dans SIREY, 88, 1, 65.

heureux que le doyen de la Faculté de Caen ait trop succinctement indiqué les raisons qui l'ont déterminé. On peut très bien, en effet, admettre avec lui qu'« il ne faut pas confondre le délit criminel avec le quasi-délit civil », et que « bien des faits qui n'engagent pas la responsabilité pénale engagent cependant la responsabilité civile de leur auteur » et refuser de le suivre dans ses conclusions. Pour réfuter son argument, il suffit en effet de constater que l'article 39 ne dit nullement que celui qui publie un jugement ne commet pas de diffamation, ce qui permettrait les déductions de M. Villey, mais que tout jugement pourra être publié, autrement dit que la publication d'un jugement est un fait licite ; or un fait licite ne donne pas plus ouverture à une action civile qu'à une action pénale ; peut-être M. Villey a-t-il simplement voulu indiquer que l'abus d'un droit licite en lui-même peut faire encourir des responsabilités civiles, et que, sans texte, il n'entraîne pas de responsabilités pénales ; mais c'est là un principe général qui est toujours sous-entendu.

Pour nous, à l'encontre de l'opinion de M. Villey, il n'y aura donc jamais concurrence déloyale par la publication d'un jugement, sans qu'il y ait en même temps diffamation (si la nature de l'allégation le permet). Et il y aura tout à la fois diffamation et concurrence déloyale, toutes les fois qu'un jugement sera publié longtemps après l'audience par un concurrent de celui auquel la publication portera préjudice.

Quoi qu'il en soit, il est constant en jurisprudence qu'un commerçant n'a pas le droit de faire afficher les jugements qu'il a obtenus contre son concurrent (Paris, 23

février 1839 (1); Aix, 6 février 1857) (3). Au contraire, malgré un arrêt de Paris du 1^{er} juin 1831 (4), on admet généralement en jurisprudence (Aix, 6 février 1857, Seine, 20 août 1857) (5) et en doctrine (Pataille (3), Pouillet) (6), que la publication par la voie de la presse est licite en principe. Le jugement du Tribunal de la Seine précité se rapporte notamment à la publication d'un jugement obtenu en matière de concurrence déloyale ; il permet à celui qui a gain de cause de le publier : « Il serait impossible d'admettre qu'il serait refusé à un commerçant qui devant la justice a obtenu la répression d'une concurrence déloyale de porter ce fait à la connaissance de la clientèle. »

1. PATAILLE, 73, 290.

2. PATAILLE, 73, 291.

3. PATAILLE, 73, 289.

4. WAELEBROEK, *Cours de droit industriel*, II, 76.

5. PATAILLE, 73, 273.

6. POUILLET. *Brevets d'inventions*, n° 1009

CHAPITRE VII

DE LA CONCURRENCE DÉLOYALE PAR ABUS DE RÉCLAME.

1. Hypothèses où elle se produit. — 2. Usurpations de médailles. — 3. Titre de breveté. — 4. Titres divers. — 5. Vente au rabais.

1. — A côté des modes de concurrence déloyale où un tiers se trouve forcément visé, soit que le commerçant s'efforce de créer une confusion entre sa maison ou ses produits et ceux d'un concurrent en possession de la faveur du public, soit qu'il dénigre un rival pour détourner de lui une clientèle qu'il accaparera, il en existe un autre complètement impersonnel ne s'attaquant à aucun rival en particulier et qui le plus souvent naît de l'excès ou de l'abus de la réclame.

Mais pour que la concurrence soit vraiment déloyale et pour qu'elle appelle une répression il faudra que les faits allégués pour attirer la clientèle soient d'une part précis et circonstanciés et de l'autre inexacts.

Lorsqu'il prend à partie un de ses concurrents, lorsqu'il compare sa situation à la sienne, le commerçant, nous l'avons vu, n'a pas, par cela seul qu'un fait avantageux pour lui est en même temps exact, le droit de le

porter à la connaissance du public. Lorsqu'il ne désigne personne au contraire la vérité du fait allégué crée, en thèse générale, à son profit une immunité absolue. C'est en définitive l'intérêt du public autant que celui du commerçant que celui-ci puisse faire connaître les progrès qu'il a réalisés, les récompenses qui les ont constatés, les conditions spéciales dans lesquelles d'heureuses circonstances ont pu le placer. Sans doute là encore il peut y avoir des abus mais le public blasé par l'excès même de la réclame n'attache aux annonces que l'importance qu'elles méritent et aussi longtemps que la réclame se tient dans le domaine de l'hyperbole, il faut admettre le régime de la liberté absolue ; l'on doit réserver les sanctions civiles ou pénales aux cas où les annonces, par des faits précis et circonstanciés d'une part, et faux de l'autre, risquent d'attirer et de retenir l'attention du public et par conséquent de causer un préjudice.

2. — Certains de ces faits peuvent constituer de véritables escroqueries ; quoique moins graves deux ordres de faits ont appelé spécialement l'attention du législateur qui en a fait des délits correctionnels.

La plus importante de ces lois concerne l'usurpation de médailles et récompenses. C'est qu'ici la faveur du public allant à ceux qui les ont obtenues ne font que payer les efforts et les dépenses souvent considérables de ceux qui les ont méritées. Il répugne à la plus élémentaire bonne foi de s'approprier des récompenses que l'on n'a pas obtenues, et avant la loi des 30 avril, — 12 mai 1886, la jurisprudence n'avait pas hésité à condamner à des réparations pécuniaires ceux qui s'en rendaient coupables.

bles. Le législateur a pensé que ce n'était pas suffisant et, sur l'initiative de M. Bozèrian, a fait de cette fraude un délit.

D'après cette loi, seront punis d'une amende de 50 à 6000 francs et d'un emprisonnement de trois mois à deux ans, ou de l'une de ces deux peines seulement, ceux qui se seront attribués des médailles, diplômes, mentions, récompenses ou distinctions honorifiques décernés dans les expositions en France ou à l'étranger ou par des corps savants ou des sociétés scientifiques; ceux qui les auront appliqués à d'autres objets que ceux pour lesquels ils ont été obtenus ou s'en seront attribués d'imaginaires; ceux qui les auront indiqués mensongèrement sur leurs enseignes, annonces, papiers de commerce, etc., ou s'en seront indûment prévalus auprès des jurys ou des expositions (art. 1, 2 et 3).

Les articles suivants obligent ceux qui ont réellement reçu des récompenses à n'en user qu'en les entourants d'indications qui précisent quand et pourquoi elles ont été obtenues.

La personne qui a obtenu la récompense usurpée a évidemment qualité pour agir devant les tribunaux correctionnels. De même les commerçants qui dans les mêmes expositions ont reçu des récompenses d'un ordre inférieur, par exemple celui qui ayant obtenu un second prix voit son concurrent se parer d'un premier prix qu'il n'a pas obtenu, ont aussi qualité pour se porter partie civile. Mais que faut-il décider à l'égard de ceux qui n'ont obtenu aucune récompense à la même exposition? Dans ce cas, antérieurement à la loi de 1886, on discutait même la

possibilité pour eux d'inventer devant les tribunaux civils une action basée sur l'article 1382.

Si la Cour de Toulouse (25 mars 1885) (1), décidait que le fait de se prévaloir faussement d'une distinction ayant pour but de détourner la clientèle au détriment des autres commerçants, tous ceux qui parmi eux subissaient un préjudice avaient qualité pour agir, son arrêt infirmait un jugement du tribunal de Toulouse rendu en sens contraire, en conformité de principes avec un arrêt de Bordeaux du 9 janvier 1865 (2).

Pour nous, nous pensons non-seulement que tout concurrent a le droit d'agir devant les Tribunaux civils, mais encore qu'il peut invoquer la loi de 1886 et porter sa demande devant les Tribunaux correctionnels. Les raisons de décider sont identiquement les mêmes que celles qui nous ont amené à adopter une solution analogue en matière de concurrence déloyale résultant de tromperie sur la marchandise vendue.

3. — La loi du 5 juillet 1844 dans son article 33 prévoit une autre hypothèse où l'usurpation d'un titre est réprimé pénalement.

« Quiconque dans ses enseignes, annonces, prospectus, affiches, marques ou estampilles, prendra la qualité de breveté sans posséder un brevet délivré conformément aux lois ou après l'expiration d'un brevet antérieur, sera puni d'une amende de 50 à 1000 francs. En cas de récidive l'amende pourra être portée au double ».

1. PATAILLÉ, 86-24.

2. PATAILLÉ, 65-437.

Ainsi l'expiration du délai de quinze années fixé par la loi, non-seulement fait tomber l'invention dans le domaine public, mais encore enlève à son auteur le droit de se dire breveté. Mais la jurisprudence a, à bon droit, interprété restrictivement une telle disposition. Non-seulement il n'y a aucune analogie au point de vue pénal entre le mot d'inventeur et celui de breveté et celui qui rappelle qu'il est l'inventeur d'un produit tombé dans le domaine public, ne commet aucun délit, mais même la jurisprudence veille à ce que ce titre soit efficacement protégé et répute coupable de concurrence déloyale celui qui le prend indûment, et cela même après l'expiration du brevet. La Cour de Paris, 25 janvier 1875 (1), constate que « le bénéfice moral de l'invention doit rester à l'inventeur alors même que le brevet est tombé dans le domaine public ».

4. — Les titres qu'inventent les commerçants pour attirer la clientèle sont aussi variés que possible. Ici le principe et plutôt que la réclame est libre, mais à une double condition c'est que d'une part la qualité que se donne un commerçant soit exacte et d'autre part que sous son apparence de généralité elle ne vise pas un concurrent déterminé.

Nous avons déjà vu que des parentés énoncées dans des réclames peuvent être la base d'actions en concurrence déloyale de la part de personnes qui portent le nom, qu'elles rappellent bien que cette parenté soit exacte. Comme le but poursuivi est la création d'une confusion, les Tribunaux, bien qu'elle soit exacte, peuvent inter-

1. PATAILLE, 75, 237.

dire de rappeler dans des annonces ou sur une enseigne de qui on est parent ou alliés, par exemple interdire à une femme divorcée de s'appeler ancienne femme de X..., Nantua, 18 février 1891 (1).

Il faut admettre que dans certains cas des commerçants, même ne portant pas le même nom, pourraient intenter une action à un concurrent qui chercherait dans l'énonciation d'une parenté avec une personne ayant eu une grande notoriété un moyen de réclame, mais il faudrait alors comme condition essentielle l'inexactitude de l'énonciation.

Il en est de même pour tous les titres usurpés, ancien associé, élève, fournisseur... A la condition qu'un préjudice existe, l'action est ouverte à tous ceux qui exercent la profession de la personne qui essaye d'attirer la clientèle en se donnant une qualité qu'elle n'a pas. Il faut nettement rejeter la théorie du tribunal de Marseille (13 août 1888) (2) décidant que pour qu'un industriel puisse se plaindre de l'usurpation de la qualité d'entrepreneur d'une ville il faut qu'il ait lui-même cette qualité.

Le mot *seul* précédant l'indication du commerce exercé par une personne a aussi donné lieu à des difficultés. Son emploi est ou n'est pas répréhensible suivant l'exactitude de l'allégation. C'est ainsi qu'un horticulteur d'Argenteuil n'a pas le droit de prendre pour sa maison le titre de seul établissement pour la multiplication des asperges d'Argenteuil, alors que depuis de longues années d'autres

1. SIREY, 189, 2, 2, 59.

2. BERT, 1888, 547.

personnes s'occupent dans cette localité de la culture des asperges (Paris, 14 décembre 1888) (1). Au contraire, le fabricant qui a fourni toutes les vitres d'une exposition peut le porter à la connaissance du public sous cette forme : Fabrication totale de l'Exposition Universelle de 1878 (Paris 20 mars 1880) (2).

5. — Il est évidemment permis à un commerçant de baisser ses prix autant qu'il le désire. Il se peut qu'il y ait habileté de sa part à se contenter d'un très petit bénéfice pour augmenter le chiffre de ses affaires; il se peut même qu'il soit de son intérêt bien entendu de vendre sans bénéfice telle ou telle denrée, bien plus de la vendre à perte, soit qu'il ait un besoin immédiat de réaliser une partie de ses marchandises, soit qu'il espère, par le sacrifice consenti sur un objet, faire une réclame utile à sa maison. Que la spéculation soit bonne ou mauvaise, là n'est pas la question : ses rivaux ne sont pas admis à la critiquer : la vente au rabais par elle-même ne saurait constituer une concurrence déloyale (Paris, 2 décembre 1869) (3).

Mais il en est autrement, soit des moyens qui permettent de faire le rabais, soit de la façon dont le rabais est porté à la connaissance du public.

Le principe général qui a inspiré les décisions judiciaires, c'est que les moyens d'attirer la clientèle qui répugnent aux commerçants honnêtes ne doivent pas être

1. PATAILLE, 91, 261.

2. TEULET, 80, 203.

3. PATAILLE, 73, 60.

permis aux autres. Il faut que les sanctions judiciaires arrêtent ceux dont la conscience est trop complaisante : autrement, il y aurait lutte à armes inégales et la victoire resterait aux moins scrupuleux. L'ordre public est intéressé à ce qu'il en soit ainsi : non-seulement il y aurait une immoralité dans ce triomphe de la déloyauté mais encore un préjudice énorme supporté par les acheteurs puisque le commerce perdrait toute sécurité. Aussi malgré le respect des formes, on aperçoit très souvent que les jugements, au-delà des intérêts privés et immédiats qu'ils font respecter, ont pour but d'assurer la police du marché.

On comprend à ce point de vue combien est délicate la tâche des Tribunaux. Ils doivent dans tous les cas éviter de se montrer d'un rigorisme outré dans une matière où le préjudice subi par le plaignant est pour lui moins la raison d'en obtenir la réparation, que l'occasion de faire frapper son adversaire d'une peine déguisée.

Notamment en ce qui concerne les moyens employés pour faire un rabais sur les prix usuels, rien n'est plus délicat pour les Tribunaux que de les examiner et de les juger, et s'il y a un doute sur leur légitimité il doit bénéficier au défendeur. Il y a des hypothèses où par contre, il n'y a pas d'hésitation à avoir.

L'exemple le plus frappant est celui de l'action intentée par un commerçant à un de ses concurrents qui pour pouvoir baisser ses prix, trompe ses clients sur la quantité ou la nature de la marchandise vendue. Nous avons traité plus haut les difficultés juridiques qui se rattachent à cette hypothèse, mais il convenait de la rappeler, car

elle donne une idée très exacte de ce qu'il faut entendre par emploi de moyens déloyaux permettant un rabais sur les prix de vente.

La façon dont le rabais est porté à la connaissance du public peut aussi constituer le fait illicite nécessaire pour l'application de l'article 1382. Une jurisprudence récente (Seine, 8 février 1877 (1), Cherbourg, 11 octobre 1890 (2), Orléans, 9 décembre 1891 (3), Caen, 2 décembre 1891 (3) a établi que l'allégation de faits précis et circonstanciés de nature à attirer le public lorsque ces faits sont inexacts, donne naissance à une action en dommages intérêts. Mais il est très délicat d'indiquer un critérium qui permette de déterminer ce qu'en cette matière il faut considérer comme permis ou tout au moins toléré.

Tout d'abord il n'y aura jamais concurrence déloyale lorsque la réclame restera dans le vague, ainsi « un négociant peut affirmer que ses marchandises sont les meilleures, ses magasins les plus vastes de tous : ce sont là des affirmations qui rentrent simplement dans le domaine de l'exagération ». Au contraire, lorsque les faits allégués sembleront par leur nature appeler un contrôle, lorsque des acheteurs dont la naïveté ne dépassera pas la moyenne, seront en droit de se dire : si les faits allégués étaient inexacts les intéressés ne les laisseraient pas ainsi proclamer, alors les commerçants auteurs de la publicité trouveront le contrôle qu'ils semblent

1. PATAILLE, 77, 17.

2. *Pandectes françaises*, 1, 2, 6, 4.

3. *Pandectes françaises*, 91, 2, 233.

appeler et seront condamnés si les faits énoncés sont d'autre part inexacts. « L'affirmation de faits précis et circonstanciés, lorsqu'ils sont faux et de nature à donner force et crédit à des allégations mensongères » constitue la concurrence déloyale.

Reste à présenter sur ce sujet une observation d'un ordre assez délicat et qui se trouve en germe dans un arrêt de Riom (25 juin 1892) (1). Ces questions d'exagération et d'abus de réclame se posent le plus souvent à propos de déballages. « La facilité des communications, les exigences de l'étalage imposées dans les grandes villes à certains magasins obligés d'écouler par tous les moyens leurs marchandises démodées ou simplement défraîchies, l'attrait offert au public par l'exposition de produits variés offerts à des prix très réduits, ont favorisé le développement progressif d'une industrie qui a pour objet de mettre en vente dans les villes d'une moyenne importance une série de marchandises provenant des faillites, des liquidations amiables ou forcées, des livraisons périodiques des grands magasins à la fin des saisons, et de forcer l'attention et le concours du public par des déballages bruyants que mettent en relief des annonces pompeuses et une publicité qui ne recule devant aucune exagération. » On voit immédiatement qu'une telle industrie cause un préjudice considérable aux intérêts du commerce local. Les commerçants considèrent comme un fléau l'arrivée de ces déballages dans leur ville. Les juges des tribunaux de commerce voient ces choses de

1. *Pandectes françaises*, 94, 2, 233.

près et entendent les plaintes qu'elles font élever. Les magistrats des Cours d'appel au contraire plus désintéressés dans la question sont portés à ne voir là « que les conditions d'une concurrence répondant peut-être à un besoin économique et social, qui en tout cas doivent être acceptées ou subies par les commerçants de produits similaires avec leurs avantages et leurs inconvénients et même avec le trouble qu'elles peuvent apporter à certains intérêts privés. » Il résulte de cette contradiction de tendances qu'en ce qui concerne la concurrence déloyale des déballages, les juges du premier degré croient souvent la voir là où les magistrats d'appel ne la rencontrent pas. De là une série d'arrêts infirmatifs (Aix, 26 janvier 1887. Paris, 16 janvier 1893. Rennes, 28 juillet 1892. Riom, 28 juin 1892) (2).

Ce dernier arrêt est significatif. Il constate que « les premiers juges n'ont apporté personnellement aucun motif à l'appui de leur décision et se sont bornés à reproduire les prétentions émises par les demandeurs » et que ceux-ci avaient agi « dans le désir d'écarter toute concurrence faite au commerce local par celui du déballage.

1. LAISNEY et ROUSSEAU. *Recueil de procédure*, 87, 152.

2. *Pandectes françaises*, 94, 2, 233.

CHAPITRE VIII

CARACTÈRES JURIDIQUES DU DROIT A LA RÉPARATION DU DOMMAGE CAUSÉ PAR LA CONCURRENCE DÉLOYALE.

1. Cessibilité. — 2. Exercice par les créanciers. — 3. Transmissibilité. — 4. Droit de l'étranger en général. — 5. Droit de l'étranger en matière de marque. — 6. Droit de l'étranger en matière de concurrence déloyale. — 7. Hypothèses diverses. — 8. Cessionnaires et représentants d'étrangers. — 9. Concurrence déloyale à l'étranger. — 10. Actions fondées sur l'article 1382 et actions fondées sur les lois de 1824 et 1857.

1. — Les observations que nous avons à grouper ici se réfèrent aux trois chefs suivants :

1° Le droit à la réparation du préjudice causé par la concurrence déloyale est-il un droit personnel ?

2° Est-il un droit civil au sens de l'article 14 C. C. ?

3° Il est un droit civil, par opposition au droit pénal : quelles conséquences convient-il de tirer de cette idée ?

Au premier point de vue, nous avons à examiner les trois questions suivantes :

L'action née de la concurrence déloyale peut-elle être cédée ? Peut-elle être exercée par les créanciers ? Est-elle transmissible ?

En principe tout droit est cessible. Comme le fait remarquer M. Demolombe (1), « une convention ne peut être déclarée nulle qu'en vertu d'un texte de loi spécial ou du texte général de l'article 1132 comme contraire à l'ordre public. »

La jurisprudence, il est vrai, paraît avoir des tendances plus restrictives : c'est ainsi qu'un jugement du tribunal de la Seine du 11 avril 1889 a posé en principe que le droit de citation directe devant les tribunaux répressifs ne pouvait être l'objet d'une cession.

Il est vrai qu'il ne base pas sa solution sur la nature des droits qu'il déclare incessibles mais sur la forme dans laquelle il s'exerce. Donc quoique les actions nées de la concurrence déloyale ressemblent sous plus d'un rapport à certaines actions qui répriment un délit il n'y a aucun argument d'analogie à tirer de cette jurisprudence.

D'autre part certains auteurs admettent l'incessibilité de certains droits qui par la nature des choses sont liés d'une façon inséparable à la personne en qui ils prennent naissance. M. Huc (2) dit notamment : « La cession d'une action d'injures, même intentée, serait donc inefficace, non pas à raison d'une prétendue incessibilité, mais uniquement parce que son objet, qui est la réparation de l'honneur offensé, ne rentre pas dans le patrimoine ». Même si l'on admet cette solution, il ne faut pas s'éten-

1. DEMOLOMBE, VIII, p. 580.

Gazette du Palais, 89, 14. La doctrine de ce jugement est du reste en elle-même très contestable.

2. HUC. *Traité de la cession et de la transmission des créances*, I, p. 239.

dre au dénigrement, pourtant bien voisin de l'injure, puisque dans l'action en dénigrement ce qui est réclamé c'est non pas la réparation de l'honneur, mais la réparation d'une perte subie dans le patrimoine.

Donc toutes les actions en concurrence déloyale sont cessibles et il est à peine besoin de faire remarquer qu'au cas de cession, contrairement à l'opinion de M. Larombière (1), le Tribunal peut allouer au cessionnaire à titre de dommages-intérêts une indemnité supérieure au prix de cession : le droit du cédé à cet égard est sauvegardé par la possibilité du retrait conformément à l'article 1699 Code civil.

2. — L'action née de la concurrence déloyale peut-elle être exercée par les créanciers ?

Il faut sans hésiter répondre affirmativement. Lorsqu'on recherche le fondement de l'article 1166 on est toujours en effet amené à faire intervenir l'idée de gage. Si les créanciers ont le droit d'intervenir et d'exercer les actions que leur débiteur néglige, c'est qu'ils ont fait crédit à sa situation, et quand il n'est pas en mesure de les payer, il n'a pas le droit de se montrer généreux à leurs dépens : nulle part mieux qu'en matière de concurrence déloyale ces idées ne trouvent leur application. Si la concurrence déloyale ruine une maison, les créanciers de son directeur ont le droit de la poursuivre pour que celui-ci retrouve dans l'indemnité qui lui sera allouée l'équivalent du dommage à laquelle ils ont fait crédit. Sans doute la théorie des droits exclusivement attachés à la personne au sens

1. LAROMBIÈRE, t. V, art. 1382, n° 46.

de l'article 1166 n'est pas nettement établie à tous les points de vue, mais quoique l'appréciation de l'opportunité d'une poursuite est basée sur l'article 1382 soit très délicate, personne n'a jamais prétendu trouver là une raison de ranger toutes ces actions parmi celles qui sont exclusivement attachées à la personne.

Les créanciers peuvent donc exercer l'action en concurrence déloyale qui compète à leur débiteur.

3. — Il faut de même admettre que le droit d'obtenir réparation d'un acte de concurrence déloyale se transmet activement et passivement.

Mais ce qui est vrai à ce point de vue des successeurs à titre universel ne l'est pas des successeurs à titre particulier. C'est là un principe général que la Cour de Cassation a très bien mis en lumière, dans un arrêt du 5 avril 1870 (1) : « l'engagement formé sans convention par suite d'un quasi-délit n'a d'effets qu'entre l'auteur de la fraude et la partie fixée ;... l'exécution de cette obligation ne peut être poursuivie que contre ceux qui représentent la personne de la partie responsable, c'est-à-dire ses héritiers ou successeurs universels, mais non contre ses successeurs à titre particulier. On comprend immédiatement dans quelques cas il faut faire application de ces principes en matière de concurrence déloyale : le cessionnaire d'un fonds de commerce n'est en effet qu'un successeur à titre particulier. Pourra-t-il exercer activement l'action en concurrence déloyale pour faits remontant à la direction de son prédécesseur ? Pourra-t-on

1. DALLOZ, 71, 1, 235. *Journal de la Cour de Cassation*.

l'exercer contre lui en réparation du dommage causé par son vendeur ?

Activement, il ne pourra pas en principe l'exercer, mais nous avons vu que l'action en concurrence déloyale est cessible ; rien ne s'opposerait donc à ce qu'elle ait été cédée expressément accessoirement à la vente du fonds de commerce. Passivement la question ne peut se poser : une semblable cession est évidemment impossible parce que si on ne peut céder ses dettes à plus forte raison ne peut-on céder la défense à une action.

Si l'action en concurrence déloyale n'est sensible en principe ni activement ni passivement aux successeurs à titre particulier, les éléments qui y donnent ouverture, enseigne, signe, nom, etc., sont généralement cédés avec le fonds, et il est à peine utile de remarquer que la cession du fonds de commerce entraîne le droit de demander la réparation du dommage causé par la concurrence déloyale quand même elle aurait été antérieurement tolérée.

4. — Un étranger peut intenter une action en concurrence déloyale ? C'est là une question très controversée, et avant même d'indiquer la solution à laquelle nous croyons devoir nous arrêter, il nous faut rappeler brièvement d'une part, les principes généraux qui fixent les droits dont l'étranger a la jouissance, et d'autre part, les solutions explicites auxquelles s'est arrêté le législateur dans les matières très voisines des marques et du nom. Ce sont

1. Cass. 19 juin 1876. STREY, 76, 1, 465, *in nota*.

là les éléments de la discussion de la question qui nous occupe.

Le texte le plus général qui régit la matière est l'article 2 du Code civil : « L'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartient. »

On sait les interprétations diverses auxquelles cet article a donné lieu. Pour les uns, les droits civils dont il parle sont « tous les droits privés, qu'ils aient leur source dans le droit civil ou dans le droit des gens. En l'absence d'un traité, l'étranger ne jouit en France que de ceux de ces droits qui lui ont été expressément ou tacitement reconnus par des textes spéciaux » (1). Pour les autres, « l'étranger jouit en France de tous les droits civils, c'est-à-dire privés, que notre loi ne lui retire pas. » Pour le plus grand nombre des auteurs et pour la jurisprudence qui ont établi leur opinion sur une distinction traditionnelle, à laquelle les travaux préparatoires se sont constamment référés, les mots droits civils « désignent non pas tous les droits privés indistinctement, mais seulement ceux qui dérivent de la loi positive, du *jus civile proprium civitatis*. Ce sont là les seuls droits privés qui ne puissent en l'absence d'un traité appartenir à l'étranger non admis à fixer son domicile en France.

Dans une étude comme la nôtre, traitant un sujet spécial, il faut nécessairement prendre pour point de départ cette troisième opinion qui, d'une façon générale, a été

1. BAUDRY-LACANTINERIE. *Précis de droit civil*, I, p. 78.

admise par les tribunaux. Il est donc inutile d'entrer dans une discussion sur les mérites respectifs de ces trois théories.

L'article n'a pas soulevé tant de controverses : il confère aux étrangers admis à domicile la jouissance des droits civils. Pour les étrangers qui ne se trouvent pas dans cette hypothèse la question que nous aurons à discuter est donc la suivante : Le droit pour un commerçant d'obtenir réparation du préjudice qui lui est causé par une concurrence déloyale est-il un droit civil ou un droit naturel (1).

5. — En ce qui touche les marques de fabrique la législation a été muette jusqu'en 1857. Et en face de ce silence la Cour de Cassation (12 juillet 1848) avait admis que le droit d'invoquer la protection de la loi était un droit civil au sens de l'article. Les seuls étrangers pouvant invoquer les dispositions de la loi de l'an XI étaient donc ceux admis à domicile ou ceux à qui un traité, établissant à cet égard entre leur nation et la France la réciprocité, avait créé une situation spéciale. La loi du 23 juin 1857, dans ses articles 5 et 6, vint donner la même garantie qu'aux nationaux ayant en France leur établissement aux étrangers possédant en France des établissements d'industrie, et aux étrangers établis hors de France dans un pays où les traités internationaux protègent les marques françaises. Enfin la loi du 26 novembre 1873 vint ajouter à cette liste les étrangers dont la *législation* protège les Français à l'égal de leurs nationaux.

1. SIREY, 48, 1, 418.

En ce qui concerne le nom, la loi de 1824 ne parle pas des étrangers. La Cour de Cassation a encore jugé que le droit au nom dans les termes de cette loi était un droit civil au sens de l'article 11 (Arrêt du 12 juillet 1848) (1). Là encore l'article 9 de la loi du 26 novembre 1873 est venu donner à la réciprocité de fait la même valeur qu'à la réciprocité diplomatique. Et une jurisprudence libérale a admis que chaque fois qu'un traité stipule la garantie en matière de marques, les ressortissants de la nation avec qui ce traité est conclu peuvent invoquer les lois françaises en matière de noms. Les dispositions de ces traités « ne protègent pas seulement la propriété des marques proprement dites mais elles étendent virtuellement leurs effets par une analogie nécessaire à l'usurpation du nom d'un fabricant, le nom étant la première et la plus personnelle de toutes les marques » (Arrêt de Cassation du 18 novembre 1876) (2).

Il faut ajouter que le 20 mars 1883 une convention d'Union internationale pour la protection de la propriété industrielle a été signée : les ratifications ont été échangées à Paris le 6 juin 1884 et la convention a été promulguée en France le 6 juillet 1884. Elle établit relativement aux marques de fabrique et de commerce et au nom commercial une égalité complète des droits entre les ressortissants de chacun des États contractants dans tous les autres États compris dans l'Union (art. 2), ou qui y adhéreront par la suite (art. 16), et elle leur assimile les sujets

1. DALLOZ, 48, 1, 140.

2. PATAILLE, 76, 305.

des États non concordataires qui auraient leur domicile ou un établissement industriel ou commercial sur le territoire de l'une des puissances contractantes (art. 3) (1).

En ce qui concerne la réciprocité légale, nous trouvons les marques protégées sans condition de réciprocité en Angleterre (loi du 25 août 1883, art. 62); au Canada (loi du 1^{er} mai 1879, art. 38); au Chili (loi du 12 nov. 1871, art. 1 et 2); au Japon (loi du 7 juin 1884, art. 2); en Italie (loi du 30 août 1868); aux Pays-Bas (loi du 25 mars 1880, art. 1^{er}); dans la République Argentine (loi du 14 août 1876, art. 2); en Turquie (loi de mai 1888, art. 6); dans l'Uruguay (loi du 1^{er} mars 1877).

En ce qui concerne les noms, ils sont protégés sans distinctions de nationalité dans la République Argentine (loi du 14 août 1876, art. 2); en Belgique (art. 191 du Code Pénal); au Chili (loi du 12 nov. 1874, art. 3); en Italie (loi du 30 août 1868); aux Pays-Bas (loi du 30 septembre 1893).

Enfin, en Egypte, les Tribunaux répriment en vertu des principes généraux les usurpations de noms et les contrefaçons de marques.

En ce qui concerne la réciprocité diplomatique il faut tout d'abord citer les pays faisant partie de l'Union : Belgique, Brésil, Espagne (France), Guatemala, Italie, Pays-Bas, Portugal, Salvador, Serbie, Suisse, Grande-Bretagne, Equateur, Tunisie, Turquie, République dominicaine, Suède, Norwège, États-Unis d'Amérique.

Des traités spéciaux peuvent du reste continuer à sub-

1. WEISS. *Traité de droit international privé*, p. 329.

sister entre ceux de ces divers États qui voudraient accorder une situation de faveur à leurs nationaux.

En ce qui concerne les autres pays, presque tous les traités se sont trouvés dénoncés en 1892, les traités sur la propriété industrielle faisant partie des traités de commerce, de navigation sur la propriété littéraire, artistique et industrielle. Le Congrès de la propriété industrielle de 1878 avait cependant émis le vœu que les traités sur les marques de fabrique et les dessins industriels eussent une existence propre et distincte de celle des traités de commerce et le gouvernement s'est depuis quelquefois conformé à cette indication mais presque tous les traités étaient antérieurs à cette époque.

6. — Ceci dit, laissons de côté cette législation des marques et des noms qu'il fallait exposer seulement pour que les allusions qui y seront faites par la suite puissent être facilement comprises et revenons à la concurrence déloyale. Le droit de s'adresser aux Tribunaux pour obtenir réparation du dommage qu'elle cause est-elle un droit civil ? Nous n'hésitons pas à répondre négativement.

« Malgré une jurisprudence constante, disent MM. Lyon-Caen et Renault (1), qui expriment une opinion universellement admise en doctrine, le droit de faire le commerce en France n'est pas un de ces droits civils, qui d'après l'article 11, Code civil, n'appartiennent aux étrangers que sous la condition de réciprocité diplomatique. La Cour de Cassation dans une matière voisine, dit également : « Il est de principe que les étrangers ont le droit

1. LYON-CAEN ET RENAULT, I, p. 186.

d'exercer des actes de commerce dans toutes les parties du territoire français en vertu de ce principe comme du droit des gens dont il dérive, les étrangers jouissent en tout ce qui concerne les faits de commerce de la même liberté et ont droit à la même protection que les nationaux. »

D'une façon générale peut-on admettre que les étrangers soient protégés lorsqu'ils réclament l'exécution d'une convention, et ne le soient pas lorsqu'ils réclament la réparation d'un délit; s'il fallait faire une distinction entre les deux hypothèses, n'est-il pas évident que les Tribunaux doivent être plus largement ouverts à ceux qui se plaignent qu'un dommage leur a été causé par une personne, à laquelle ne les rattachait aucun lien de droit, qu'à ceux qui ne peuvent obtenir d'une personne, avec laquelle ils ont traité, l'exécution d'une obligation; on pourrait reproduire ici les arguments que l'on donne pour démontrer que la faute délictuelle doit s'apprécier plus sévèrement que la faute contractuelle.

Et, du reste, il est de jurisprudence constante que les étrangers peuvent en principe poursuivre la réparation des délits au sens pénal du mot qui les lésent. Comment pourrait-on admettre qu'en ce qui touche le commerce, les étrangers aient le droit d'une part de poursuivre l'exécution des contrats, d'autre part la réparation des délits au sens pénal du mot et qu'ils ne trouvent pas accès auprès des Tribunaux quand ils demandent la réparation d'un dommage causé par un délit civil?

1. Cassation, 5 juillet 1865. SIREY, 65, 1, 111.

Quelles seraient les raisons qui pourraient, quand il s'agit de concurrence déloyale, justifier une dérogation au principe qu'en matière commerciale les étrangers peuvent poursuivre la répression des délits qui leur nuisent ?

Si on voulait rechercher la raison qui a dû dicter les premières décisions on se trouverait en face de l'argumentation suivante : La concurrence déloyale est une malhonnêteté, mais lorsqu'elle est pratiquée par un Français contre un étranger, il vaut mieux ne pas la réprimer : c'est une façon de protéger le commerce français contre le commerce étranger. On trouve encore des traces, et comme un écho de cette opinion, dans le réquisitoire du procureur général Dupin qui précéda l'arrêt du 12 juillet 1848 : « Ce n'est pas un fait louable, mais c'est un fait qui demeure sans répression ; si c'est un dol, c'est un genre de dol permis que la loi romaine appelle *dolus bonus*. On peut dire ici avec le poète : *dolus an virtus quis in hoste requirat* » (1).

Mais les lois de 1857, de 1873, n'établissant pas en principe le droit pour les étrangers d'invoquer dans tous les cas leurs dispositions, ont fourni un autre aliment à la discussion et ont permis de laisser de côté des arguments tirés d'opinions aussi attardées. « Que deviendraient, dit M. Huard, le système de réciprocité, les espérances des traités internationaux fondés sur lui par ses partisans, si, par un biais ingénieux, on arrive à protéger l'étranger, qui n'offre pas au Français la même protection. »

1. HUARD, *Propriété industrielle*, n. 146.

D'abord ce raisonnement serait inopérant, sans un texte formel pour déroger à deux principes aussi certains que ceux-ci : tout étranger peut faire le commerce en France ; tout étranger peut obtenir la réparation du préjudice que lui cause un délit. Mais il y a mieux : le raisonnement repose sur une base inexacte. « Il est facile de répondre que l'action en dommages-intérêts que nous accordons aux étrangers par application de l'article 1382 est loin de leur assurer une protection aussi complète, aussi énergique que celle qui résulte pour eux des lois spéciales sur les marques de fabrique ; elle les oblige à faire la preuve du préjudice qu'ils allèguent et de la mauvaise foi de celui qui en est l'auteur ; elle n'emporte ni la saisie, ni la confiscation des objets contrefaits : dès lors les traités et les lois étrangères conservent toute leur utilité. »

Enfin, dit-on, reconnaître à l'étranger le droit d'agir en concurrence déloyale, c'est lui donner le moyen de tourner la loi sur les marques dans les hypothèses où celle-ci ne lui donne pas le moyen de poursuivre. C'est cette idée que le procureur général Dupin exprimait ainsi : « On est revenu par un détour à l'action civile en se fondant sur le principe général que tout le fait qui cause à autrui un dommage ouvre une action en réparation, c'est-à-dire qu'on procède ici comme ces fonctionnaires qui n'osant poursuivre un délit de presse devant le jury introduisent une action en dommages-intérêts devant les tribunaux civils, mais ce détour n'est pas possible. Si aux termes de nos lois le fait d'usurper la marque d'un fabricant étranger ne constitue pas un délit de contre-

façon, c'est un fait permis. » On voit immédiatement le vice du raisonnement. Il consiste à sous-entendre la proposition erronée suivante : Tout fait qui n'est pas réprimé pénalement est licite, il ne peut obliger son auteur à des réparations pécuniaires. Mais la matière même des marques et celle des noms offre de nombreux exemples de la fausseté de cette idée, et nous avons rencontré à maintes reprises des hypothèses où une personne ne pouvant se prévaloir ni de la loi de 1824 ni de celle de 1857 trouvait dans une action en concurrence déloyale le moyen de faire respecter leurs noms ou leurs signes commerciaux.

— En résumé : tout étranger trouve toujours accès auprès des Tribunaux quand il invoque l'article 1382 ; tout étranger trouve toujours accès auprès des Tribunaux quand il s'agit de faits de commerce ; nous avons deux raisons, indépendantes l'une de l'autre de conclure à la protection des étrangers en notre matière et cependant la jurisprudence est contraire. :

7. — Il ne faut cependant pas exagérer cette tendance : La théorie de la jurisprudence est de calquer le droit des étrangers en matière de concurrence déloyale sur leur droit en matière de marques et de noms. La Cour de Nîmes dans un arrêt du 2 décembre 1893 (1) a très nettement indiqué cette tendance : « Les étrangers n'ayant pas d'établissements en France ne peuvent prétendre au bénéfice des lois des 22 juillet 1824 et 23 juin 1857 à moins qu'ils n'appartiennent à un pays qui assure la réci-

1. *Pandectes Françaises*, 94, 5, 30.

procité aux citoyens français. Le principe fondé d'ailleurs sur la règle générale posée en l'article 11 du Code civil et formellement énoncé dans l'article 6 de la loi du 23 juin 1857 doit s'appliquer aussi bien lorsqu'il s'agit d'exercer l'action civile que l'action pénale instituée par ces deux lois spéciales, que lorsqu'il s'agit de réclamer par la voie commerciale la réparation des faits de concurrence déloyale analogues à ceux prévus par les dites lois, mais en se fondant sur les articles 1382 et 1384 du Code civil ».

Il faut immédiatement conclure du procédé de raisonnement employé que tous les étrangers qui sont protégés en matière de confusion de marques ne le sont pas nécessairement aussi en matière de confusion de nom. Sans doute l'article 9 de la loi du 26 novembre 1873 embrasse dans la même répression l'usurpation de nom et la contrefaçon de marque pour l'étranger ressortissant d'un pays où les traités, où la législation assurent aux Français la même garantie, mais l'article 5 de la loi du 23 juin 1857, qui permet aux étrangers d'agir sous la seule condition de posséder un établissement en France ne correspond à aucune disposition analogue en matière de noms (1). Mais ne faut-il pas appliquer ici l'idée d'après laquelle toutes les fois qu'on peut faire protéger sa marque, on peut *a fortiori* faire protéger son nom ?

Il faut faire aussi cette observation que lorsqu'on dit que l'étranger ne peut intenter une action en concurrence déloyale on ne parle que de la concurrence déloyale en

1. LYON-CAEN. *Revue critique*, 75, p. 693.

matière de noms ou de signes. En ce qui regarde le dénigrement, on ne saurait évidemment tirer des règles de la diffamation des arguments analogues à ceux que l'on tire des lois de 1857 et 1873 : on reconnaît en effet d'une façon unanime à l'étranger le droit d'intenter une action en diffamation.

En ce qui touche la loi de 1886 rien ne fait prévoir que la jurisprudence refusera aux étrangers le droit de l'invoquer : il serait dans beaucoup de cas plus que singulier de les convier aux expositions et de leur y décerner des médailles qu'on se refuserait ensuite à protéger. Il n'y a donc en principe aucun obstacle pour ne pas admettre le droit pour un étranger de poursuivre devant les tribunaux français les usurpations de qualités ou les abus de réclame commis par ses concurrents.

8. — L'étranger ne pouvant exercer d'après la jurisprudence l'action en concurrence déloyale peut-il céder à un Français, soit son action, soit le droit d'où dérive cette action ?

En ce qui concerne l'action il ne saurait y avoir de doute. La règle *nemo plus juris transferre potest quam ipse habet* s'oppose de la façon la plus formelle à ce qu'un étranger puisse céder son action à un Français qui l'exercerait. Ce serait un moyen trop facile de tourner la loi et quoi qu'on en ait dit, dans le système de la jurisprudence c'est de la jouissance et non pas seulement de l'exercice du droit qu'est privé l'étranger.

En ce qui concerne la cession du droit d'où dérive l'action (droit au nom, à la marque, etc.), la jurisprudence admet qu'elle est possible ; il faut reconnaître, dit

la Cour de Cassation (15 novembre 1876) (1), que par l'effet de la cession le cessionnaire « acquiert la libre disposition d'une propriété commerciale qui est désormais sa chose, propriété qu'il peut protéger avec toutes les conséquences qui en dérivent, selon la mesure des droits qu'il puise dans sa situation personnelle et dans sa nationalité. »

Notons du reste que cette jurisprudence est en contradiction avec la jurisprudence antérieure qui avait refusé au représentant français d'une maison étrangère le droit d'intenter une action en concurrence déloyale pour sauvegarder ses intérêts personnels (Cassation, 11 juillet 1848) (2).

9. — On ne saurait quitter le domaine du droit international privé sans étudier au moins sommairement la question suivante : Les tribunaux français étant compétents pour juger de prétendus faits de concurrence déloyale perpétrés à l'étranger, devront-ils appliquer pour savoir si les faits doivent donner lieu à des réparations la législation française ou la législation étrangère. Par exemple une maison française poursuit devant les tribunaux français une autre maison française qui lui fait concurrence à l'étranger, ou bien un étranger, en vertu de l'article 15, poursuit devant les tribunaux français un français qui est venu lui faire concurrence dans son pays ou encore en vertu de l'article 14 un français poursuit devant les tribunaux français un étranger pour la

1. PATAILLE, 76, 305.

2. *Journal du Palais*, 1848, 2, 36.

concurrence déloyale que celui-ci lui a faite à l'étranger. Pour apprécier les faits, dans toutes ces hypothèses quelle législation appliquera-t-on ?

« C'est, dit M. Naquet (1), une question de droit international délicate que celle de savoir si les faits qui motivent une demande en dommages-intérêts fondée sur l'article 1382 du Code civil sont régis par loi du lieu où les faits ont été commis, des arrêts en sens divers ont été rendus sur ce point. Mais il semble bien que la difficulté a été résolue dans le sens de l'affirmative par un arrêt de la Cour de Cassation (2). » Et cette doctrine semble conforme à la théorie générale de l'article 1382 : aucune faute n'est en effet commise quand on commet un acte là où la législation le permet.

Mais les décisions judiciaires qui récemment ont eu à faire application de ce principe, sans le méconnaître du reste formellement, y ont apporté des dérogations qu'il faut maintenant indiquer.

1^o Si la concurrence déloyale résulte d'une publicité et si les journaux qui publient des annonces qui, au point de vue de notre législation, donneraient ouverture à une action en dommages-intérêts dans un pays où elles ne constituent pas un délit civil reviennent en France, l'article 1382 sera applicable (Angers, 15 décembre 1891) (3).

2^o Les tribunaux français ne doivent jamais appliquer une loi étrangère contraire à l'ordre public français (Aix,

1. SIREY, 93, 2, 20.

2. SIREY, 91, 1, 503.

3. *Le droit industriel de Berne*, 92, 145.

19 décembre 1892. Cassation 29 mai 1894) (1). Seulement, sans méconnaître ce principe on peut se demander si les décisions qui viennent d'être rappelées n'en ont pas exagéré la portée : elles ont considéré comme contraire à l'ordre public, parce qu'il portait atteinte au principe de la liberté du commerce, l'organisation légale d'un monopole en matière de banque dans un état voisin et refuse de réprimer la concurrence déloyale que faisait à un tel établissement une maison française. Sans doute un tel monopole n'existe pas en France, mais, même en France, il n'est pas contraire à l'ordre public que des monopoles soient établis. Ceux qui existent à l'étranger doivent être respectés quand même ils ne porteraient pas sur les matières monopolisées en France.

70. — Enfin, nous avons dit que la concurrence déloyale constituait un délit civil et non un délit pénal. Au cours de notre étude, nous avons très souvent rencontré des matières qu'une législation spéciale avait régi pénalement. Que le but principal de toute législation pénale soit l'organisation de peines, c'est l'évidence même. Mais en même temps que la législation pénale crée l'action publique pour réprimer les faits incriminés, elle modifie l'action civile qui doit permettre la réparation pécuniaire du dommage causé.

Il nous faut brièvement étudier les différences qui séparent l'action en concurrence déloyale de l'action en usurpation de noms ou en contrefaçon de marques.

Tout d'abord, l'action civile née de la concurrence

1. *Gazette du Palais*, 27 juin 1894.

déloyale ne peut être intentée que devant les tribunaux civils *lato sensu* et généralement à raison de la qualité des parties devant les tribunaux du commerce. Au contraire, l'action civile en usurpation de noms ou en contrefaçon de marques peut être jugée accessoirement à l'action publique devant les tribunaux correctionnels. Il importe aussi de noter en passant, mais nous aurons à y revenir, que par une dérogation expresse en matière de marques (art. 16), l'action civile, qui normalement, devrait être de la compétence des tribunaux de commerce, est jugée par les tribunaux civils.

En second lieu, la contrainte par corps peut être exercée pour l'exécution des réparations en matière de délits, par conséquent en matière de marques ou de noms, à la condition que le délit soit reconnu par la juridiction criminelle, mais sans distinguer suivant que l'évaluation est faite par les Tribunaux civils ou les Tribunaux correctionnels (loi du 22 juillet 1867, art. 425). La contrainte par corps n'est jamais prononcée en matière de concurrence déloyale.

Mais c'est au point de vue de la prescription qu'on rencontre la différence la plus considérable qui sépare les actions civiles fondées sur les faits constituant des délits correctionnels, des actions basées sur l'article 1382. Il résulte en effet des articles 2, 637 et sq., C. d' I. C., que l'action civile lorsqu'elle est l'accessoire de l'action publique se prescrit par le même délai que cette dernière, et cela quelle que soit la juridiction devant laquelle elle est portée.

Ainsi dans notre matière tandis que les faits ordinaires

de concurrence déloyale se prescrivent par trente ans, aucune réparation pécuniaire ne pourra être exigée après trois ans écoulés, lorsque les faits constitueront des délits d'usurpation de noms ou de médailles et de contre-façons de marques, et après trois mois, lorsque les faits de dénigrement présenteront tous les éléments de la diffamation.

CHAPITRE IX

COMPÉTENCE ET PROCÉDURE.

1. Qui peut poursuivre. — 2. Compétence. — 3. Preuve. — 4. Exception de provocation. — 5. Appel. — 6. Cassation.

1. — Qui peut poursuivre? En principe, et sauf ce que nous avons dit de l'étranger, tous ceux à qui la concurrence déloyale cause un préjudice.

Il n'est même pas nécessaire que le dommage soit causé exclusivement à celui qui s'en plaint et ainsi lorsque le nom d'une localité est usurpé, il va de soi que chaque commerçant lésé par cette usurpation a le droit d'intenter l'action. Généralement, le jugement qui interviendra dans de semblables conditions aura un double effet : au point de vue des prohibitions qu'il contiendra ou des mesures qu'il édictera pour faire cesser la confusion quoique rendu au bénéfice d'un particulier, il aura, en définitive, un effet général dont bénéficieront, en somme, tous les commerçants exerçant le même négoce dans la même ville ou dans la même région ; au contraire, il est bien évident qu'en ce qui concerne les dommages-intérêts le commerçant qui intente l'action ne peut réclamer

que la réparation du préjudice qui lui a été personnellement causé.

La question est autrement délicate quand il s'agit de communautés religieuses non autorisées : On sait en effet que plusieurs d'entre elles ont acquis une grande renommée dans la fabrication des liqueurs. Quels sont les moyens qui leur sont donnés pour s'assurer le bénéfice de cette réputation à l'encontre des entreprises des contrefacteurs. Il est incontestable, d'une part, qu'une communauté religieuse non autorisée ne peut ester en justice comme ferait une personne morale et d'autre part que chacun de ses membres, n'étant personnellement frappé d'aucune incapacité légale, peut agir dans son intérêt personnel pour la sauvegarde de ses droits. Mais lorsqu'un des membres de ces associations intente une action en concurrence déloyale peut-il demander aux tribunaux la réparation de tout le préjudice causé à la communauté ou seulement la réparation du préjudice qui lui est personnel. Le Tribunal de la Seine (29 janvier 1879) (1) s'est en définitive prononcé pour la seconde solution car, après avoir reconnu « que les principes élémentaires de bon sens et de justice s'opposent à ce que des tiers viennent par de véritables voies de fait, d'autant plus dangereuses qu'elles se cacheraient sous l'apparence du respect de la loi, porter atteinte à un état de chose qui, au moins à leur égard, se présente avec tous les dehors d'une possession régulières et que décider autrement serait autoriser la mise au pillage de

1. PATAILLE, 79, 313.

tous les biens possédés par des communautés religieuses non autorisées » il a posé en principe « qu'il faut que la personne qui se présente en justice ait un intérêt personnel et direct dans l'affaire. »

Une société commerciale dont les statuts n'ont pas été publiés conformément à l'article 56 de la loi du 24 juillet 1867 est nulle, mais cette nullité ne peut être invoquée que par les intéressés. Sans doute par intéressés il faut entendre ceux-là seulement qui ont un intérêt juridique « c'est-à-dire se rattachant à un acte fait avec la société ou avec un des associés. Ainsi, il est certain qu'un concurrent de la société ne pourrait en demander la nullité pour se débarrasser d'une concurrence préjudiciable (1) ». Mais si la société exerce contre un commerçant une concurrence déloyale, celui-ci pourra-t-il invoquer l'exception de nullité tirée de l'article 56. Si l'adversaire de la société réussissait à faire admettre la nullité de la société, il n'en resterait pas moins tenu d'une obligation délictuelle vis-à-vis des associés : presque toujours, faute d'intérêt, il ne pourra demander la nullité (2).

Un syndicat professionnel a-t-il qualité pour poursuivre une concurrence déloyale, lesant les intérêts de ses membres considérés dans leur ensemble. La question est délicate. Sans doute l'article 6 de la loi du 31 mai 1884 dispose : « Les syndicats professionnels de patrons et d'ou-

1. LYON-CAEN et RENAULT. *Traité de droit commercial*, II, n° 224.

2. Cpr. ce que MM. LYON-CAEN et RENAULT disent des débiteurs sociaux. *Traité*, n° 227.

vriers ont le droit d'entrer en justice » mais on est d'accord pour reconnaître que les syndicats n'ont qu'une personnalité restreinte et que par conséquent ils ne peuvent pas ester en justice dans un intérêt quelconque : la loi toute entière est dominée par l'article 3 qui en fixe l'esprit : « les syndicats professionnels ont exclusivement pour objet l'étude et la défense des intérêts économiques, industriels, commerciaux ou agricoles. » Quelles sont donc les actions que les syndicats peuvent intenter ? Pour les uns ce sont « toutes les instances où le jugement à intervenir est de nature à intéresser, l'association sans pouvoir profiter ou préjudicier à l'un ou plusieurs de ses membres à l'exclusion des autres (1) ». Pour les autres ce sont seulement « les actions qui, n'étant pas le patrimoine des sociétaires ne peuvent être exercées par aucun d'eux (2) ».

A l'appui de cette seconde opinion on fait remarquer que le syndicat a qualité pour défendre les intérêts généraux de la profession et non les intérêts privés de chacun d'eux. Il ne peut aux lieu et place de l'un de ses membres exercer les actions privées qui appartiennent à celui-ci et qui aux termes du droit commun ne peuvent être exercées que par lui. Ce serait donner à ce sociétaire « le procureur par lequel nul ne saurait plaider ? »

En sens contraire, on invoque la combinaison pure et

1. Evréux, 21 octobre 1887. SIREY, 88, 2, 119.

2. WALDECK-ROUSSEAU. Consultation insérée au *Recueil de procédure* de MM. LASNEY ET ROUSSEAU, année 1887, p. 52.

3. *La Loi*, 22 août 1887.

simple des articles 3 et 6 de la loi de 1884 : il s'agit bien d'ester en justice pour la défense d'intérêts commerciaux.

La jurisprudence paraît hésitante. La Cour d'Aix s'est prononcée dans le sens de l'irrécevabilité des syndicats (26 janvier 1887). Au contraire les Cours d'Angers (18 juillet 1887) (1) et de Rennes (28 juillet 1892) ont admis l'action intentée par un syndicat mais sans que le moyen ait été soulevé devant elle. La Cour de Paris (16 décembre 1891) (2) a également admis le syndicat des pharmaciens à défendre leur monopole contre des concurrents non diplômés.

L'opinion émise par M. Waldeck-Rousseau conduirait à décider que jamais un syndicat ne serait recevable à intenter une action en concurrence déloyale. Nous croyons, au contraire, que c'est là une question d'espèces, et qu'il faudra rechercher dans chaque hypothèse si l'action intentée est bien de nature à intéresser l'association sans pouvoir profiter à un ou plusieurs de ses membres.

2. — Il n'est en rien dérogé en matière de concurrence déloyale aux principes généraux qui régissent la compétence. Et il n'est plus guère contesté qu'à côté des délits et des quasi-délits civils dont connaissent les Tribunaux civils, n'existent des délits et des quasi-délits commerciaux dont doivent connaître les Tribunaux consulaires. Comme le disent MM. Lyon-Caen et Renault (3) : « Les

1. *Pandectes françaises*, 94, 2, 233.

2. *Gazette du Palais*, 92, 1, 163.

3. LYON-CAEN et RENAULT, I, n° 177.

expressions de l'article 632 (1), *avant dernier alinéa*, sont assez larges pour comprendre les engagements même non contractuels pourvu qu'ils se rattachent au commerce.

Et la concurrence déloyale est précisément un des exemples que citent MM. Lyon-Caen et Renault « Un commerçant fait à un autre une concurrence déloyale ; il se rend coupable d'un délit ; la réparation du préjudice peut lui être demandée en vertu de l'article 1382 du Code civil. L'obligation est à la charge d'un négociant ; elle est née de l'exercice de son commerce ; pourquoi ne serait-elle pas commerciale. Les tribunaux de commerce conviennent tout particulièrement pour juger de semblables affaires. Aussi la jurisprudence est-elle fixée en ce sens ».

Est ce à dire que les tribunaux civils ne connaîtront jamais d'une action en concurrence déloyale ? Nous avons raisonné jusqu'ici sur l'hypothèse la plus générale, celle où les parties en cause sont des commerçants. Il va de soi que s'ils n'avaient pas cette qualité, les Tribunaux civils seront seuls compétents. Il n'est pas davantage contestable que le Tribunal civil devrait encore être saisi au cas où un seul des défendeurs ne serait pas commerçant, quand même toutes les autres parties seraient

1. Article 631 : Les Tribunaux de commerce connaissent : 1° des contestations relatives aux engagements et transactions entre négociants, marchands et banquiers ; 2° des contestations entre associés pour raison d'une société de commerce ; 3° de celles relatives aux actes de commerce entre toutes personnes.

Article 632 : La loi répute actes de commerce... Toutes obligations entre négociants, marchands et banquiers.

commerçants (Seine, 26 juillet 1887, (1). Enfin les règles générales du droit conduisent à admettre que le Tribunal civil n'est pas tenu de se dessaisir d'office lorsqu'il est saisi par le demandeur et que le défendeur ne décline pas sa compétence.

Toutes ces règles sont de simples applications du droit commun : n'y a-t-il pas en notre matière des dérogations particulières?

En matière de marques, les règles de la compétence auraient naturellement conduit à décider que le Tribunal de commerce connaîtrait des actions en usurpation, mais l'article 16 de la loi du 23 juin 1857 a établi une règle toute différente : « Les actions civiles relatives aux marques sont portées devant les Tribunaux civils et jugées comme affaires sommaires. » Mais c'est là une disposition exceptionnelle qui par conséquent n'est pas susceptible d'une interprétation extensive : aussi est-ce à bon droit que la jurisprudence l'a limitée aux actions en revendication de marques. Ainsi les actions, se rapportant à un signe dont la formalité du dépôt n'a pas fait une marque, au sens légal du mot, sont-elles en dehors de la disposition de l'article 26 et restent soumises à la compétence commerciale (Douai, 18 janvier 1888) (2). Ainsi encore il a été décidé, mais cette décision est moins bien d'accord avec le texte que la précédente, que la juridiction consulaire est compétente lorsqu'il s'agit non de la revendication de la marque mais d'une concurrence déloyale dont

1. PATAILLE, 92, 34.

2. LE HIR, 88, 2, 226.

l'usage d'une marque n'est qu'un des éléments (Bordeaux, 5 décembre 1865) (1).

On a aussi essayé de soutenir, et M. Pouillet (2) se range parmi les partisans de cette doctrine, qu'en matière de noms les Tribunaux civils seraient seuls compétents. La théorie du nom commercial, dit-on, se place logiquement entre celle du nom patronymique d'où il tire son origine, et celle des marques, puisqu'en définitive le nom est la première et la plus naturelle des marques. Or, les questions se rattachant aux noms patronymiques et aux marques sont de la compétence des tribunaux civils : il ne serait donc pas logique qu'il en soit autrement en matière de noms commerciaux. Il est facile de répondre d'une part que la compétence des tribunaux civils en matière de marques est exceptionnelle et qu'on ne saurait en conséquence tirer aucun argument d'analogie de la disposition qui l'édicte, et d'autre part qu'il n'est pas étonnant de rencontrer ici, entre la théorie du nom commercial et celle des marques, une certaine incohérence qu'explique, sans la justifier, le défaut de vues d'ensemble dans l'élaboration des lois sur la propriété industrielle.

En ce qui concerne les questions d'enseignes on a également soutenu que les Tribunaux civils étaient seuls compétents. Mais bien que cette opinion ait longtemps triomphé en jurisprudence, la compétence des tribunaux de commerce, une fois admise d'une façon générale, il faut la rejeter : rien ne justifierait cette exception.

1. LE HIR, 66, 2, 206.

2. POUILLET, n. 442.

Enfin la compétence des Tribunaux civils en matière de dénigrement a eu aussi ses partisans.

Mais la Cour de Paris (9 juillet 1867) (1) a répondu à bon droit que les engagements entre commerçants, étant de la compétence des Tribunaux de commerce, c'est à la juridiction consulaire que doit être déferée l'appréciation d'une obligation née entre commerçants à propos de faits se rattachant directement à l'exercice de leur négoce.

Il faut donc en admettre d'une façon générale avec le même arrêt qu'en principe « tous les engagements auxquels donnent naissance les actes de concurrence déloyale sont de la compétence du Tribunal de commerce, quelle que soit la forme sous laquelle ils se produisent.

3. — L'article 14 de la loi du 23 juin 1857 sur les marques et l'article 47 de la loi des 5-8 juillet 1844 sur les brevets d'invention ont organisé pour les personnes lésées les moyens de se procurer les preuves de la contrefaçon en autorisant la saisie des objets contrefaits. Que dans ces textes ne se trouve pas pour le Président le droit d'autoriser la saisie en matière de concurrence déloyale, c'est l'évidence même (Nancy, 7 juillet 1855) (2). Mais le président pourrait-il puiser ce droit dans l'article 54 du décret du 30 mars 1808 ? Les termes de cet article sont en effet très généraux :

« Toutes requêtes afin d'arrêt, ou de revendication de meubles, ou de marchandises, ou autres mesures d'urgence... seront présentées au président du Tribunal civil

1. PATAILLE, 67, 271.

2. *Journal du Palais*, 56, 2, 196.

qui les répondra par son ordonnance après la communication s'il y a lieu au Procureur de la République. » Nous ne croyons pas que cet article donne au Président le droit d'ordonner des mesures autres que celles que la loi autorise et aucune loi n'a permis la saisie en notre matière. On aurait tort, croyons-nous, de vouloir, comme le fait M. Pouillet (1), argumenter par voie d'analogie d'un jugement rendu par le Tribunal de Lille, le 26 août 1884 (2), dans une matière voisine de la concurrence déloyale ; il s'agissait de saisie de dessins de fabrique. Le Tribunal exprime bien dans un de ses motifs qu'en vertu de l'article 54, du décret du 30 mars 1808, « il est généralement admis en doctrine et en jurisprudence, et universellement aussi passé en pratique, que pour les mesures dont l'urgence est telle qu'elle ne permet pas de recourir aux tribunaux, c'est en la personne du président que se concentre le pouvoir du Tribunal auquel il appartient », mais il suffit de se reporter à la loi du 18 mars 1806 pour voir que l'hypothèse qu'avait à envisager le Tribunal de Lille est bien différente de celle qui se présente au cas de concurrence déloyale. L'article 11 de cette loi parle en effet d'« objets saisis ».

La lacune de la loi, à laquelle la jurisprudence supplée par l'application de l'article 54 du décret du 30 mars 1808, porte donc sur l'organisation non pas des moyens de se procurer la preuve mais seulement de la saisie. La loi dit en définitive que cette mesure est possible en cette

1. POUILLET.

2. *La loi*, 10 octobre 1884.

matière ; il n'en est pas de même lorsqu'il s'agit de concurrence déloyale, et on comprend d'autant mieux que les présidents se soient toujours refusés à autoriser une semblable mesure que dans les matières voisines et plus graves des marques et des brevets, la loi a entouré la saisie de garanties pour le saisissant et notamment créé l'obligation d'assigner dans un délai déterminé.

Le moyen usuel de se procurer la preuve de la concurrence déloyale, et il ressemble beaucoup à la description sans saisie des lois de 1844 et de 1857, c'est le constat : il consiste en un procès verbal d'huissier décrivant les objets et relatant les faits qui constituent la concurrence déloyale.

La jurisprudence est divisée sur le degré de la force probante qui doit s'attacher à ces procès-verbaux. Pour les uns les constats n'auraient aucune valeur quand ils ne procèdent pas d'une autorisation donnée par ordonnance du président ; pour les autres ils font preuve seulement des faits matériels qu'ils décrivent et non des conversations qu'ils rapportent (Seine, 9 juin 1892) (1).

La concurrence déloyale est un délit et un délit commercial dont la preuve peut par conséquent être faite par tous les moyens. Comment pourrait-on refuser le témoignage d'officiers ministériels assermentés. La Cour de Paris (21 novembre 1890) (2) a très nettement posé en principe que si les procès verbaux dressés par huissier sans ordonnance préalable ne font pas nécessairement

1. *Gazette des Tribunaux*, 2 juillet 1892.

2. PATAILLE, 93, 263.

preuve au profit de celui qui les a requis, rien n'interdit au juge d'en apprécier la sincérité et d'y puiser des éléments d'information.

4. — En ce qui concerne la procédure proprement dite elle est en tous points conforme au droit commun. On a cependant soutenu quelquefois qu'il y a en notre matière une exception de provocation analogue à celle qui existe en matière d'injure. Aucune condamnation ne devrait être par exemple prononcée contre celui qui en dénigrant son concurrent ne fait qu'user de procédés dont celui-ci s'est préalablement servi à son égard. Dans les pays de droit anglo-saxon il existe une exception dite des mains nettes d'après laquelle, dit M. Maillard de Marafy (1), tout plaideur pouvant être convaincu d'avoir fait usage dans sa marque, ses prospectus, ses circulaires, ses actes de société, de liquidation ou autres, ses relations directes ou indirectes avec le public ou avec ses concurrents d'indications, de moyens, de procédés qui ne pourraient trouver une protection devant une Cour d'équité, *est ipso facto* exclu du prétoire ».

Il n'existe évidemment rien d'analogue dans notre législation. Mais lorsqu'un commerçant dénigre un autre commerçant qui lui-même l'a dénigré est-il à l'abri de toutes poursuites ? La Cour de Riom (23 novembre 1852) (2) et la Cour de Paris (16 novembre 1864) (3) ont décidé que les « torts étant respectifs il n'y a pas lieu de

1. DE MAILLARD DE MARAFY, V, 381.

2. DALLOZ, 53, 2, 13.

3. PATAILLE, 66, 354.

faire droit aux demandes en séparation de dommages prétendus. « D'autres jugements (Seine, 29 septembre 1888 (1), Seine, 16 février 1895) (2) ont admis au contraire que nul n'ayant le droit de se faire soi-même justice, un commerçant ne pouvait répondre aux agissements malhonnêtes de ses concurrents en employant les mêmes procédés. Ces deux solutions ne sont nullement contradictoires si on admet la solution que M. Laurent (3) donne de la première ?

« Quand le demandeur est coupable à l'égard du défendeur de la même faute qu'il reproche à celui-ci, il n'y a pas lieu de lui allouer des dommages-intérêts, car l'indemnité qu'il obtiendrait à ce titre il devrait la payer par suite de la condamnation prononcée au profit de la partie adverse ; de sorte que les dommages-intérêts dont il est créancier se compensent avec ceux dont il est débiteur. Un pharmacien de Vichy réclame des dommages-intérêts contre un autre pharmacien de la même localité du chef d'imputations qui seraient de nature à nuire à la réputation des eaux minérales sorties de son officine. Mais lui-même avait dirigé des imputations analogues contre le pharmacien défendeur. La Cour de Riom décida qu'ils avaient manqué l'un et l'autre aux règles de la délicatesse et de la bonne foi qui devaient régner dans les relations commerciales : elle en conclut qu'ils s'étaient rendus réciproquement non recevables dans leurs deman-

1. DE MAILLARD DE MARAFY, V, 381.

2. *Gazette des Tribunaux*, 18 février 1895.

3. LAURENT, XX, n. 492.

des en dommages-intérêts. La décision est juste, mais est-elle bien motivée? Un délit, fût-il identique, commis par le demandeur n'empêche pas la condamnation du défendeur coupable du même délit; il doit en être de même des délits civils en principe. Mais la condamnation serait frustatoire quand les deux créances se compensent, ce que l'on doit supposer; car si les dommages-intérêts étaient inégaux ils devraient être prononcés contre les deux parties ».

D'après ce raisonnement, il n'y a pas d'exception tirée de l'existence d'une concurrence déloyale réciproque, mais les dommages-intérêts alloués se compensent jusqu'à due concurrence si les préjudices ne sont pas de même importance, complètement si le même dommage a été causé.

5. — L'appel ne présente en notre matière rien de bien particulier. Pourtant il convient dans notre sujet d'apporter quelques précisions à la règle de l'article 464 C. P. C. « Il ne sera formé en cause d'appel aucune nouvelle demande à moins qu'il ne s'agisse de compensation ou bien que la demande nouvelle ne soit la défense à la demande principale. »

Nous avons vu que les actions en contrefaçon de marques et en usurpation de noms ne sont, considérées dans les faits qu'elles répriment, que des actions en concurrence déloyale organisées pénalement. Mais en est-il de même au point de vue de la procédure. Contiennent-elles des actions en concurrence déloyale?

Et à cet égard deux questions :

1° En première instance le tribunal saisi d'une action en contrefaçon de marques ou en usurpation de noms

pourra-t-il opérant une sorte de disqualification décider qu'il y a eu seulement concurrence déloyale ;

2° Le demandeur qui a échoué en première instance sur sa demande en usurpation de nom ou en contrefaçon de marque peut-il en appel la réduire en une action en concurrence déloyale ?

La Cour d'Aix (arrêt du 1^{er} février 1887) (1) a répondu négativement à la première question et la Cour de Lyon (8 juillet 1887) (2) affirmativement à la seconde.

Nous nous rangeons à l'opinion de la Cour de Lyon ; ce qui est interdit en appel c'est de former des demandes nouvelles mais non de produire des moyens nouveaux ; et de même en première instance ce qui est interdit c'est d'accorder autre chose que ce que demandent les conclusions, mais non d'accorder, pour d'autres motifs, ce qu'elles demandent. Dans nos hypothèses, la demande reste la même : c'est une somme à titre de dommages-intérêts, ou bien une mesure destinée à éviter une confusion. Il n'est même pas complètement exact de prétendre que le moyen invoqué cesse d'être le même puisque la réclamation reste basée sur les mêmes faits dommageables. Les seules difficultés qui pourraient se produire sont relatives à la validité de la saisie qui a pu être opérée avant l'action en contrefaçon.

6. — Quels sont les pouvoirs de la Cour de Cassation en matière de concurrence déloyale ? Quoique nous soyons en une matière de pur fait nous les voyons plus étendus qu'on serait tenté de le penser au premier abord.

1. PATAILLE, 88, 237.

2. DALLOZ, 90, 241.

Sans doute la Cour de Cassation doit tenir pour constants les faits constatés par les arrêts, mais il lui appartient, comme dit un arrêt du 27 mars 1882 (1), d'examiner si, eu égard aux faits déclarés constants par l'arrêt, c'est à bon droit que les Tribunaux ont considéré qu'il n'y avait aucune faute. C'est pourtant la doctrine contraire que la Cour a adoptée, à tort selon nous, en matière de concurrence déloyale (arrêt du 10 décembre 1885) (2) : il y a de la part de la Cour d'appel, qui décide qu'un commerçant n'a pas fait à un autre une concurrence déloyale, une appréciation souveraine non sujette au contrôle de la Cour de Cassation.

Par contre, il ne fait doute pour personne que la Cour de Cassation ait à apprécier la légalité des sanctions que les tribunaux établissent pour réprimer la concurrence déloyale.

1. SIREY, 82, 1, 305.

2. SIREY, 87, 1, 409.

CHAPITRE X

JUGEMENTS ET SANCTIONS.

1. Dommages-intérêts. — 2. Astreinte. — 3. Publicité. —
4. Changements. — 5. Interdiction d'user du nom. — 6. Fermeture du magasin.

1. — De quels moyens disposent les Tribunaux pour réprimer la concurrence déloyale ?

Le moyen le plus simple et le plus équitable consiste évidemment à obliger l'auteur du préjudice à réparer pécuniairement le dommage qu'il a causé. La condamnation à des dommages-intérêts est du reste l'application la plus naturelle et la plus fréquente de l'article 1382.

Mais comment fixer le chiffre auquel ils doivent se monter. On est généralement d'accord pour répondre en principe qu'ils doivent avoir exactement pour mesure l'évaluation du dommage causé, et notamment dans notre matière, les parties demandent souvent et les Tribunaux accordent des dommages-intérêts à fixer par état.

Et cependant, presque tous les auteurs admettent que c'est dans l'évaluation du chiffre des dommages-intérêts que réside la différence fondamentale qui sépare la concurrence déloyale de la concurrence illicite et le vérita-

ble intérêt de cette distinction : les Tribunaux devraient, en effet, modérer le chiffre des dommages-intérêts en cas de bonne foi.

Mais si l'on admet, d'une part que la réparation du dommage causé par un quasi-délit doit être intégrale, si involontaire soit-il, et d'autre part que la réparation du préjudice résultant d'un délit, quelle que soit la mauvaise foi de son auteur, ne peut jamais dépasser l'évaluation de ce préjudice. Il faut bien reconnaître que les dommages-intérêts seront fixés de la même façon dans les deux cas. Aussi bien dans les deux cas, les Tribunaux pourraient condamner à des dommages-intérêts à fixer par état. Du reste où trouver dans les articles 1382 et 1383 le principe d'une distinction et le droit pour les Tribunaux de régler, comme au cas de l'article 117 du Code pénal, le chiffre des dommages-intérêts, non-seulement eu égard au préjudice souffert, mais encore, eu égard aux personnes et aux circonstances ? Tout ce que l'on peut dire, croyons-nous, c'est que celui qui subirait longtemps sans s'en plaindre le préjudice qu'un de ses concurrents lui causerait sans le savoir ne pourrait par la suite demander le paiement de la totalité du dommage, car, en restant sans poursuivre ou en ne recherchant pas l'origine du préjudice, il aurait commis une négligence à peu près aussi grave que son concurrent en ne prenant pas les informations nécessaires pour s'assurer qu'il ne créait pas une confusion préjudiciable à autrui : il y aurait faute partagée.

2. — Que les tribunaux chargés d'ordonner la réparation des faits qui causent à autrui un dommage ne puissent

prononcer de condamnation que pour le dommage éprouvé, c'est là une proposition qui paraît évidente, et on s'étonne de rencontrer des décisions judiciaires qui l'aient méconnue. Non seulement une semblable condamnation serait contraire au texte de la loi, mais encore elle ne saurait rationnellement se justifier. « Comment fixer à l'avance des dommages-intérêts pour des faits à venir, puisque ces dommages-intérêts doivent être calculés d'après le préjudice, et le préjudice est hypothétique ! »

Il ne faut pas confondre avec la condamnation à des dommages-intérêts pour l'avenir, la condamnation à des dommages-intérêts pour chaque contravention constatée (Cass., 6 juin 1859 (2)). Si l'on admet en effet qu'après avoir ordonné une mesure et pour assurer l'exécution de leur décision, les tribunaux peuvent condamner au paiement d'une certaine somme par jour de retard lorsqu'il s'agit d'une condamnation portant obligation de faire, pourquoi ne pourrait-il les condamner à une certaine somme par contravention constatée lorsqu'il s'agit d'une obligation de ne pas faire. Mais ce raisonnement suppose, d'une façon générale, la pratique des astreintes légitimes.

Quelque solidement qu'elle soit établie en pratique (Cassation, 18 mai 1878) il est difficile d'en admettre la légalité. L'astreinte en effet est incontestablement un moyen de coercition car la volonté du tribunal qui y condamne est d'obliger quelqu'un à exécuter une obligation

1. POUILLET, p 657.

2. PATAILLE, 59, -14.

3. DALLOZ, 78, -1, -201.

de faire ou de ne pas faire : or, aux termes de l'article 1142 « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur » (et c'est même en vertu de cet article que les tribunaux ne peuvent ordonner *manu militari* la fermeture d'un magasin (Paris, 28 juillet 1891) (1). Mais les dommages-intérêts ne peuvent être accordés, nous l'avons vu, que pour un préjudice éprouvé.

Au reste les difficultés qui naissent du règlement des astreintes, prouvent bien que la jurisprudence ne peut se fixer sur leur caractère juridique. On ne saurait soutenir d'une part que de plus amples dommages-intérêts ne peuvent être dus par la personne qui n'obtempère pas aux décisions de justice si le dommage causé est plus considérable que leur total, et d'autre part on reconnaît que si le Tribunal devant lequel est parti le règlement de l'astreinte estime que la somme à laquelle elle atteint est exagérée, il peut la réduire (Paris, 26 mai 1852) (2).

Pour éviter autant que possible ces difficultés de règlement les tribunaux ordinairement n'accordent l'astreinte que pendant un délai très court « passé lequel il sera fait droit ». Le délai expiré, si les mesures ordonnées n'ont pas été exécutées le Tribunal fixe le montant de la somme due et en même temps établit une nouvelle astreinte plus élevée.

3. — Les lois sur les marques et sur les brevets, article 13 de la loi du 23 juin 1856 (article 49 de la loi du 5 juil-

1. PATAILLE, 94, 43.

2. TEULET, 1, 242.

let 1857, consacrent le droit pour les Tribunaux d'ordonner à titre de dommages-intérêts la publicité du jugement et quoique la première de ces lois ne parle que d'affichage il est certain que dans un cas comme dans l'autre le Tribunal peut ordonner l'insertion intégrale ou par extrait dans les journaux qu'il désigne.

Une telle réparation convient très bien à la concurrence déloyale. Celle-ci agit sur l'esprit du public : la publication des jugements, en agissant par la même voie remet les choses en l'état. Mais ce moyen est-il autorisé par la loi ? Certainement. L'article 1036 du Code de procédure civile dispose en effet : les Tribunaux suivant la gravité des circonstances pourront dans les causes dont ils seront soumis, prononcer même d'office des injonctions, supprimer des écrits, les déclarer calomnieux et ordonner l'impression et l'affichage de leur traitement. La controverse qui a fait naître cet article n'est pas spéciale à notre matière. On sait que certaines lois, et notamment celles de 1851 et de 1867 sur les tromperies sur les choses vendues donnent aux Tribunaux répressifs le droit d'ordonner à titre de peine la publication du jugement. Les mesures prises en vertu de l'article 1036 n'ont certainement pas ce caractère pénal. Mais ont-elles toujours le caractère d'une réparation ? Si l'on admet l'affirmative elles ne peuvent être accordées que si elles sont demandées. Malgré les mots « même d'office » qui dit-on s'appliquent au membre de phrase « prononcer des injonctions » dans lequel il s'encadre la jurisprudence semble adopter l'opinion d'après laquelle les Tribunaux ne peuvent ordonner la publicité lorsqu'aucune réparation pécu-

niaire n'est demandée ; mais bien entendu ils n'accordent pas autre chose que ce qui est demandé lorsqu'ils refusent le chiffre de dommages-intérêts réclamés et ordonnent à titre de réparation la publicité de leur jugement (Cassation 21 mars 1839) (1).

4. — En même temps qu'ils condamnent à des dommages-intérêts pour le passé, les Tribunaux en matière de concurrence déloyale ordonnent le plus souvent des changements pour l'avenir et fixent souvent de la façon la plus minutieuse la mention qui devra remplacer celle qui avait été jugée susceptible de créer une confusion. Quelle est la légalité de ces pratiques ?

Rappelons tout d'abord la teneur de l'article 5 du Code civil. « Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises. » On en conclut généralement que les Tribunaux ne peuvent statuer pour l'avenir.

Malgré cette règle générale, la jurisprudence a admis que les Tribunaux en même temps qu'ils condamnaient à des dommages-intérêts pouvaient ordonner la cessation de l'état de choses qui avait créé le préjudice. La Cour de Cassation, dans un arrêt du 5 juillet 1865 (2) dont la théorie d'ailleurs est combattue par une partie de la doctrine (3), a eu à se prononcer dans l'espèce suivante :

Une compagnie de chemins de fer exerçait un commerce illicite et la cour lui avait défendu de continuer.

1. PATAILLE, 73, 277.

2. SIREY, 65, 1, 441.

3. LAURENT, I, 337. HUG, *Commentaire du Code civil*, I, 472.

La Cour de Cassation a décidé qu'il n'y avait pas eu là violation de la loi, « qu'en faisant relativement à l'affaire sur laquelle elle statuait défense à la compagnie de continuer le commerce, ledit arrêt n'a fait que dire explicitement ce qui résultait implicitement de sa décision, que l'on ne saurait donc admettre que l'arrêt attaqué ait statué par voie générale ou réglementaire et violé ainsi l'article 5 code Napoléon ».

Mais l'argument qui peut bien s'appliquer à toutes les injonctions de ne pas faire contenues dans les jugements ne peut plus être invoqué lorsqu'il s'agit d'injonctions de faire. C'est pourtant là une hypothèse très fréquente.

Le plus souvent c'est à la requête du demandeur qui en même temps qu'il réclame l'interdiction de laisser subsister les indications qui constituent la concurrence déloyale demande au Tribunal d'ordonner qu'elles seront remplacées par celles qu'il indiquera, que la justice est saisie. Quelquefois c'est à la requête du défendeur. « Souvent, dit l'arrêtiste des *Annales de la propriété industrielle* (1), dans les procès en imitation d'étiquettes, le poursuivi reconnaît en principe le bien fondé de la demande et présente au Tribunal des étiquettes modifiées pour lesquelles il demande par avance l'absolution. Quelquefois le Tribunal accepte ce rôle de juriste consultant et déclare licite la nouvelle étiquette ou prescrit d'autres modifications. »

Indiquons quelques exemples de ces injonctions : il existe une maison Rocher frères de la Coste Saint-André

1. PATAILLE, 91-172.

(Isère) qui vend un apéritif Rocher. Une maison Rocher frères de Troyes vendant également un apéritif Rocher, la Cour de Paris décide que sa raison sociale figurant sur ses étiquettes devra être : Ancienne maison Bertrand et Mariotte A. et A. Rocher, de Troyes (Paris, 7 janvier 1888 (1)).

Dans une affaire où Nicolas Erard profitait de l'homonymie pour faire concurrence à la dame veuve Erard fabricant de pianos, la Cour d'Amiens (arrêt du 2 août 1878 (2)) dit et ordonne « que Nicolas Erard sera tenu d'ajouter sur ses pianos, factures, annonces et publications quelconques à ses nom et prénoms ces mots « de Mulhouse » ; dit et ordonne que dans cette inscription le mot Erard devra avoir dix millimètres de hauteur et deux millimètres de plein et que les autres mots de l'inscription auront six millimètres de hauteur et un millimètre de plein ; dit et ordonne que la dite inscription devra être placée désormais dans tous les pianos droits et à queue de Nicolas Erard en caractères mis sur plaque en bois ou cuivre de quinze centimètres sur cinq, incrustés dans le placage et ce, sous l'abatant qui ferme l'instrument à sa partie supérieure et non plus sur le cylindre qui recouvre le clavier ».

Cette pratique est admise et la Cour de Cassation semble en reconnaître la légalité car dans cette affaire Erard elle a reconnu qu'il est de principe qu'en matière de concurrence déloyale « les juges du fait ont le droit et le

1. PATAILLE, 91, 151.

2. DALLOZ, 79, 2, 100.

devoir de prévenir la fraude par tous les moyens... »
(Arrêt du 15 avril 1879 (1).

Et cependant si dans des hypothèses semblables, les tribunaux n'agissent pas par voie de dispositions générales, n'agissent-ils pas par voie de dispositions réglementaires? Ne disposent-ils pas pour l'avenir?

Il nous eût semblé plus juridique de reconnaître aux tribunaux le droit de statuer seulement pour le passé et d'ordonner la réparation du préjudice éprouvé en laissant aux parties en cause le soin de trouver et d'apporter les modifications destinées à faire disparaître la concurrence déloyale.

De la solution admise sont naturellement résultées des difficultés sur l'autorité de la chose jugée : on ne peut, en effet, décider qu'une décision qui statue pour l'avenir ne peut être modifiée, car l'état de choses qui la justifiait peut se modifier (Paris, 25 janvier 1875 (2) et par analogie Amiens, 9 décembre 1882) (3).

5. — Parmi les mesures que les concurrents lésés ont souvent réclamées des Tribunaux, il en est deux qui doivent nous arrêter, et à propos desquelles nous devons nous demander si le pouvoir des Tribunaux va jusqu'à les ordonner : l'interdiction d'user de son nom pour exercer un commerce et la fermeture de l'établissement.

Nous avons déjà signalé l'hypothèse dans laquelle la première question se pose : une maison est en possession

1. DALLOZ, 80, 1, 80.

2. PATAILLE, 75, 237.

3. PATAILLE, 83, 321.

d'une grande renommée : le lien qui la rattache à sa clientèle est le nom de son propriétaire qui tout à la fois sert de titre à l'établissement et de dénomination aux produits. Une personne qui a un droit sur le même nom trouve, à la pensée des profits qu'il peut retirer de la confusion qui ne manquera pas de s'établir, une vocation pour le même genre d'industrie : la concurrence déloyale est flagrante. Le pouvoir des tribunaux se bornera-t-il à prescrire des indications accessoires qui diminueront les chances de confusion ou ira-t-il jusqu'à interdire l'usage du nom dans une branche d'industrie, ce qui évidemment coupera le mal dans sa racine ?

Il faut distinguer deux hypothèses :

Dans la première, c'est dans une cession que se trouverait le droit à l'usage du nom : dans la seconde, c'est dans les actes de l'état civil même de la personne qui fonde la nouvelle maison.

Dans la première hypothèse, et sous quelque apparence que se déguise la cession, la question ne fait doute pour personne : qu'il s'agisse de vente, de louage du nom, de société, la jurisprudence est formelle et la doctrine est unanime à l'approuver : les tribunaux peuvent prononcer l'interdiction de faire le commerce sous le nom ainsi obtenu (Cassation, 4 février 1852 (1). Paris, 19 mai 1865 (2).

Mais la question devient singulièrement plus délicate lorsqu'il s'agit d'une personne qui tient de son acte de

1. SIREY, 53, 1, 213.

2. SIREY, 65, 2, 158.

naissance le nom dont il veut faire usage : chacun, nous l'avons vu, a le droit d'embrasser la profession qui lui convient et chacun a le droit de l'exercer sous son nom, puisqu'il a en principe l'obligation de le porter. Mais d'un autre côté la fraude alors ne peut être que diminuée et non supprimée si les tribunaux ne vont pas jusqu'à la suppression du nom. Les procès les plus nombreux et les plus considérables se sont élevés entre marchands de vins de Champagne et les avocats des vieilles maisons dont on voulait détourner la clientèle remplissaient une tâche facile en démontrant que l'addition de prénoms ou celle de la date de fondation de la maison n'empêchaient nullement la fraude. Ils montraient que l'acheteur qui demandait à un intermédiaire et surtout à un restaurateur une bouteille de vin de Champagne ne lui indiquait que le nom du marchand, n'entrant dans aucun autre détail et ignorant presque toujours les décisions judiciaires rendues et que, le restaurateur ayant intérêt à lui servir le vin qui lui revient le meilleur marché, donnait naturellement celui du concurrent déloyal.

Et ils ne se contentaient pas d'établir cette opinion par un raisonnement ; ils en démontraient la justesse en constatant le développement rapide des maisons de commerce aux noms desquelles les Tribunaux avaient seulement imposé des additions (1) (plaidoirie de M. Paris, aff. Moët et Chandon c. Société Moët. Jugement du Tribunal de Reims du 16 janvier 1874 et aff. Chandon c. H. Moët, 2 août 1889). Armés de cette vérité de fait ils combattaient

1. *Gazette des Tribunaux*, 20 janvier 1874.

l'argument de droit dont on se prévaut dans l'opinion adverse en prétendant que la liberté de l'industrie n'était pas en cause. Mais à lire M. Blanc ou M. Pouillet (1) on se rend parfaitement compte que les partisans de cette doctrine l'estiment plus facile à défendre en fait qu'en droit. M. Blanc (2) notamment s'exprime en ces termes : « Vaincus dans leurs louables scrupules par les tentatives incessantes de la fraude, les magistrats ont enfin compris qu'il n'y a aucun danger et qu'il y a au contraire toute justice à contrarier des vocations industrielles que l'appât d'un gain illicite a seul décidées. »

Quoique depuis l'arrêt Erard (Cassation 30 janvier 1878) (3), la jurisprudence soit aujourd'hui nettement fixée dans le sens de l'impossibilité pour les Tribunaux d'interdire l'usage du nom et qu'elle soit complètement approuvée par les auteurs les plus considérables et notamment par M. Lyon-Caen (4), nous nous refusons à considérer qu'une opinion qui conduit à laisser s'étaler la fraude et prospérer la concurrence déloyale soit la conséquence nécessaire de la combinaison des lois du 17 mars 1791 et du 6 fructidor an II.

Nous croyons à la vérité qu'il est contraire à ces lois d'interdire comme le faisait un arrêt de la Cour de Paris du 7 août 1874 (5), à une personne d'user de son nom

1. POUILLET, p. 545.

2. E. BLANC, *contrefaçon*, 713.

3. SIREY, 78, 1, 289.

4. LYON-CAEN en note sous l'arrêt précité.

5. *Gazette des Tribunaux*, 15 août 1874.

pour signer, mais nous pensons qu'il n'y a rien de contraire à ces mêmes lois à interdire à une personne de se servir de son nom soit comme titre d'établissement soit comme dénomination de produit.

Autrement dit, nous pensons que les Tribunaux n'ont pas le droit d'interdire l'usage du nom du commerçant mais qu'ils ont le droit d'interdire l'usage du nom commercial.

Et tout d'abord une telle interdiction n'est pas contraire au droit de choisir librement sa profession. Il n'est pas plus arbitraire de décider qu'une personne fera le commerce sous la raison de commerce ou le pseudonyme qu'elle choisira que de lui imposer d'ajouter à son nom en caractères dont on indique le type, ses prénoms, son lieu de fabrication ou la date de fondation de sa maison. Dans un cas comme dans l'autre il y a non pas atteinte à la liberté du commerce mais réglementation de cette liberté dans une hypothèse ou l'abus qui en était fait préjudiciait à des tiers.

Une telle interdiction n'est pas davantage contraire à la loi du 6 fructidor an II. Dans l'interprétation qu'on en donne, on fait dériver le droit d'user librement de son nom de l'obligation qu'elle impose de le porter (puisque on a l'obligation de porter son nom on en a le droit), mais la loi ne dit nulle part qu'on ait l'obligation de désigner par son nom ses produits ou sa maison, ce n'est donc pas du texte de la loi que dériverait ce droit intangible. Si l'on recherche la base du droit au nom, non plus dans un texte de loi, mais dans son utilité sociale, il n'est incontestablement encore protégé qu'autant qu'il sert à fixer l'indivi

dualité de chacun ; que le nom du commerçant soit donc protégé à l'égal du nom patronymique ; que les Tribunaux n'aient pas le droit d'interdire à un commerçant de signer son nom ; qu'on ne puisse pas retirer par décision de justice ce qui ne peut s'aliéner, ni principalement, ni accessoirement, c'est l'intérêt social qui le veut, et dans cette mesure nous souscrivons à la doctrine admise par la jurisprudence.

Mais en ce qui concerne le nom commercial qui est cessible, qui peut se remplacer commodément par la raison de commerce ou la dénomination de fantaisie, les mêmes motifs n'existent pas, et quand l'interdiction d'en user est le seul moyen efficace de couper court à la concurrence déloyale, nous ne voyons pas où pourrait être la raison qui empêcherait les Tribunaux d'en user.

6. — Les Tribunaux peuvent-ils ordonner la fermeture d'un magasin ?

Rien à première vue ne semble plus contraire au principe de la loi de 1791 qu'une telle interdiction. Et cependant toute question de concurrence déloyale mise à part, il est certain que dans plusieurs hypothèses les Tribunaux ont pu l'ordonner. Supposons un établissement contraire aux bonnes mœurs, ou exploitant un commerce contraire à l'ordre public, ou portant atteinte à un monopole, il est évident que les jugements pourraient défendre de semblables exploitations. De même, dans ce qu'on appelle quelquefois la concurrence déloyale en matière de contrats, nul doute que lorsqu'une personne a cédé son fonds en s'interdisant de se rétablir et qu'elle vienne à manquer à ses engagements, les Tribunaux ne puissent ordonner la

fermeture de son établissement (Paris, 19 mai 1852 (1).
Paris, 10 décembre 1885) (2).

Le même pouvoir appartient-il aux tribunaux en matière de concurrence déloyale. La protection de la part des commerçants lésés d'obtenir une mesure aussi radicale s'est surtout élevée contre les déballages, et tandis que le tribunal de commerce d'Orléans (21 mars 1889) (3) décidait qu'une demande en fermeture de magasin « ne saurait être accueillie comme contraire à la liberté du commerce, » le tribunal de Dijon dans un jugement qui, en appel, fut réformé, mais sans que la Cour ait eu à trancher la question qui nous occupe (21 juin 1889) (4), après avoir refusé des dommages-intérêts, ajoutait que : « Il est juste toutefois de dire que les mariés Devaux qui se sont livrés à des actes de concurrence déloyale devront et seront tenus de fermer leur déballage dans les 24 heures du prononcé du présent jugement. »

Quelle solution convient-il de choisir? Nous pensons qu'il faut rejeter cette sanction. Elle est contraire à la liberté de l'industrie et ne se justifie par aucune nécessité. Dans les hypothèses voisines que nous avons rappelées où les tribunaux avaient à bon droit ordonné la fermeture, le fait illicite résidait dans l'existence même du magasin. En matière de concurrence déloyale il en est autrement. Le fait illicite résulte des moyens employés.

1. TEULET, 1, 237.

2. PATAILLE, 86, 195.

3. DALLOZ, 90, 2, 134.

4. DALLOZ, 90, 2, 196.

Ordonner des réparations pour le passé, prendre des mesures pour l'avenir, là se borne le rôle des Tribunaux. Même au cas de récidive, même au cas d'insolvabilité, ils ne peuvent pas aller plus loin : ordonner la fermeture d'un magasin ce serait prononcer une peine pour empêcher un délit de se produire.

TABLE

CHAPITRE I. — Introduction.....	5
1. — Rôle de la concurrence déloyale.	
2. — La concurrence déloyale dans l'ancien droit. Historique des corporations.	
3. — Esprit des corporations.	
4. — Développement de la publicité.	
5. — Faits de concurrence déloyale dans l'ancien droit.	
CHAPITRE II. — Définition et Plan.....	16
1. — Définition de la concurrence déloyale.	
2. — La concurrence.	
3. — La déloyauté.	
4. — Systèmes de répression de la concurrence déloyale.	
5. — Concurrence déloyale réprimée pénalement. Art 419. <i>Per</i>	
6. — Protection pénale du concurrent.	
7. — Protection pénale du consommateur.	
8. — Concurrence déloyale contractuelle.	
9. — Plan et divisions.	
CHAPITRE III. — Eléments juridiques de la concurrence déloyale.....	35
1. — Énumération des éléments.	
2. — Fait de concurrence.	
3. — Fait dommageable.	
4. — Dommage éventuel.	
5. — Fait imputable.	
6. — Fait illicite.	
CHAPITRE IV — De la concurrence déloyale par confusion dans les produits.....	4
1. — La concurrence déloyale et la loi de 1857.	

2. — Comment naît le droit à la propriété d'un signe : la priorité.
3. — Domaine public.
4. — Hypothèses spéciales : objets brevetés, médicaments.
5. — En quoi consiste la concurrence déloyale.
6. — Apparence des objets eux-mêmes peut constituer le signe protégé.
7. — Les titres d'ouvrages.

CHAPITRE V — De la concurrence déloyale par confusion
dans les établissements..... 67

1. — Titres d'établissements.
2. — Noms patronymiques.
3. — Noms de commerçant.
4. — Noms commerciaux.
5. — Cessibilité.
6. — Prescriptibilité.
7. — Raisons de commerce, pseudonymes.
8. — Loi de 1824 : noms commerciaux.
9. — Noms de localité.
10. — Répression civile de la concurrence déloyale en matière de noms.
11. — Enseignes.
12. — Eléments complexes de concurrence déloyale.
13. — Commis-voyageurs.

CHAPITRE VI. — De la concurrence déloyale par
dénigrement..... 113

1. — Définition.
2. — Le seul fait de nommer un concurrent ne constitue pas le dénigrement.
3. — Le dénigrement et la diffamation.
4. — Bonne foi.
5. — Exactitude de l'allégation.
6. — Publication de jugements.

CHAPITRE VII — De la concurrence déloyale par abus de
réclame..... 127

1. — Hypothèses où elle se produit.
2. — Usurpation de médailles.
3. — Titre de breveté.

4. — Titre divers.

5. — Vente au rabais.

CHAPITRE VIII — Caractères juridiques. Du droit à la réparation du dommage causé par la concurrence déloyale..... 138

1. — Cessibilité.

2. — Exercice par les créanciers.

3. — Transmissibilité.

4. — Droit de l'étranger en général.

5. — Droit de l'étranger en matière de marque et de nom.

6. — Droit de l'étranger en concurrence déloyale.

7. — Hypothèses diverses.

8. — Cessionnaires et Représentants.

9. — Concurrence déloyale à l'étranger.

10. — Actions fondées sur l'article 1382 et actions fondées sur les lois de 1824 et 1857.

CHAPITRE IX. — Compétence et Procédure..... 159

1. — Qui peut poursuivre.

2. — Compétence.

3. — Preuve.

4. — Exception de provocation.

5. — Appel.

6. — Cassation.

CHAPITRE X. — Jugement et Sanctions..... 175

1. — Dommages-intérêts.

2. — Astreinte.

3. — Publicité.

4. — Changements.

5. — Interdiction d'user de son nom.

6. — Fermeture du magasin.

